بداية المحتاج

في شرح المنهاج

تأليف

الإمام الفقيه الفاضل

بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي

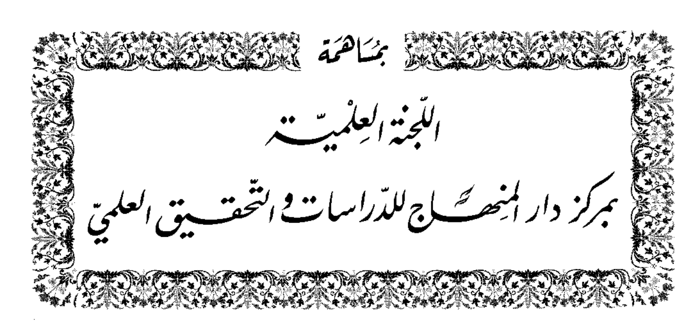
ابن قاضي شهبة

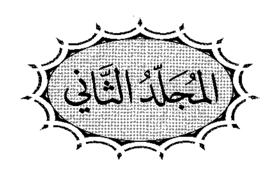
رحمه الله تعالى

(٧٩٨ - ٨٧٤ هـ)

عني به

أنور بن أبي بكر الشيخي الداغستاني

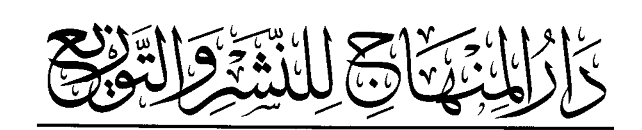




دار المنهاج

الطَّبْعَة الأولى

١٤٣٢هـ - ٢٠١١م



المملكة العربية السعودية ـ جدة
حي الكندرة ـ شارع أبها تقاطع شارع ابن زيدون
هاتف رئيسي 6326666 ـ الإدارة 6300655
المكتبة 6322471 ـ فاكس 6320392
ص . ب 22943 ـ جدة 21416
www.alminhaj.com
E-mail: info@alminhaj.com
ISBN: 978 - 9953 - 541 - 35 - 8


بداية المحتاج
في شرح المنهاج
٢


بسم الله الرحمن الرحيم


قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين
بدوی ١٣٨٤

كتاب البيع

شَرْطُهُ : ٱلإِيجَابُ ؛ كَبِعْتُكَ وَمَلَّكْتُكَ ، وَٱلْقَبُولُ ؛ كَٱشْتَرَيْتُ وَتَمَلَّكْتُ وَقَبِلْتُ ، .

(كتاب البيع)

البيع لغة : مقابلة شيء بشيء ، **وشرعاً** : مقابلة مال بمال تمليكاً ؛ كما قاله في « شرح المهذب »[١] .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ مع السنة الشهيرة في الباب .

(**شرطه : الإيجاب ؛ كبعتك وملّكتك**) لقوله تعالىٰ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ ، ولقوله عليه السلام : « إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ » صححه ابن حبان[٢] .

والرضا : أمر خفي لا يطلع عليه ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر يدلّ عليه ، وهو الصيغة ، فلا تكفي المعاطاة **على المذهب** ، **وقيل** : يكتفىٰ بها في المحقرات ؛ كرطل خبز ، وباقة بقل ، **وقيل** : في كلّ ما يعدّه الناس بيعاً ، **واختاره المصنف**[٣] .

(**والقبول ؛ كاشتريت وتملّكت وقبلت**) لدلالتها على الرضا ، وهـٰذا في غير البيع الضمني ؛ أما البيع الضمني ؛ كـ(أعتق عبدك عني علىٰ كذا) . . فيكفي فيه السؤال والجواب .

وجَعْلُ المصنف الإيجاب والقبول شرطين هو ما اقتضاه كلام « الشرح » و« الروضة » ، لكن جزم في « شرح المهذب » تبعاً للغزالي بأن العاقد والمعقود عليه والصيغة أركان للعقد ، فعلىٰ هـٰذا : يكون المراد بالشرط : ما لا بدّ منه ، فإنهم يطلقونه بهـٰذا الاعتبار على الركن[٤] .

---

(١) المجموع (٩/ ١٤٠) .
(٢) صحيح ابن حبان (٤٩٦٧) ، وأخرجه ابن ماجه (٢١٨٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .
(٣) المجموع (٩/ ١٥٤) .
(٤) الشرح الكبير (٤/ ٩) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨) ، المجموع (٩/ ١٤٠) .

وَيَجُوزُ تَقَدُّمُ لَفْظِ ٱلْمُشْتَرِي ، فَلَوْ قَالَ : (بِعْنِي) ، فَقَالَ : (بِعْتُكَ).. ٱنْعَقَدَ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَيَنْعَقِدُ بِٱلْكِنَايَةِ كَـ(جَعَلْتُهُ لَكَ بِكَذَا) فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ أَلاَّ يَطُولَ ٱلْفَصْلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا ، ....

(**ويجوز تقدم لفظ المشتري**) علىٰ لفظ البائع ؛ لحصول المقصود تقدم أو تأخر ، وهـٰذا في غير : (قبلت) كما صرح به القفال والإمام ، واقتضاه كلام الشيخين ؛ إذ لا يصحّ الابتداء بها ، ومثلها : (نعم)[1] .

(**فلو قال** : « **بعني** » ، **فقال** : « **بعتك** ».. **انعقد في الأظهر**) وإن لم يقل ثانياً : (ابتعت) لدلالته على الرضا ، **والثاني** : لا ؛ لأنه قد يقول : (بعني) لاستبانة الرغبة ، وقول البائع : (اشترِ مني).. كقول المشتري : (بعني) **على الأصحّ في** « **شرح المهذب** »[2] .

(**وينعقد بالكناية**) مع النية (**كـ« جعلته لك بكذا » في الأصح**) كالخلع والكتابة ، **والثاني** : لا ؛ لأن المخاطب لا يدري بم خوطب .

ومحلّ الخلاف : إذا عدمت القرائن ، فإن حصلت وأفادت التفاهم.. فيجب القطع بالصحة ، قاله الإمام وأقرّاه[3] .

ويستثنىٰ : البيع المشروط فيه الإشهاد ، فلا ينعقد بها قطعاً ؛ لعدم اطلاع الشهود على النية .

نعم ؛ إن توفرت القرائن ، وأفادت التفاهم.. **فالظاهر** : انعقاده ؛ كذا نقلاه عن « الوسيط » وأقرّاه ، لكن في « المطلب » : أنه مخالف لكلام الأئمة[4] .

وقوله : (في الأصح) متعلق بقوله : (وينعقد) ، فلو قدمه كما فعل في « المحرر ».. لكان أولىٰ ؛ لئلا يوهم عوده إلى المثال[5] .

(**ويشترط** : **ألا يطول الفصل بين لفظيهما**) فإن طال بحيث يشعر بإعراضه عن

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٩) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٣٨) .
(٢) المجموع (٩/ ١٦٠) .
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٩٣) ، الشرح الكبير (٤/ ١٣) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٤١) .
(٤) الشرح الكبير (٤/ ١٣) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٤١) .
(٥) المحرر (ص١٣٦) .

وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَىٰ وَفْقِ ٱلْإِيجَابِ ، فَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ . . لَمْ يَصِحَّ . وَإِشَارَةُ ٱلْأَخْرَسِ بِٱلْعَقْدِ كَٱلنُّطْقِ . . . .

القبول . . ضَرَّ ؛ لخروجه عن أن يكون جواباً عن الأول ، ولو تخلل كلام أجنبي . . ضَرَّ وإن قصر ، قال في « شرح المهذب » : ولو بكلمة[1] .

ولو عبر بقوله : (بين الإيجاب والقبول) بدل : (بين لفظيهما) كـ« الروضة » ، و« شرح المهذب » . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل الخطّ والإشارة من الأخرس ، والمعاطاةُ إذا جوزناها[2] .

(**وأن يقبل علىٰ وَفْق الإيجاب ، فلو قال** : « **بعتك بألف مُكسَّرة** » ، **فقال** : « **قبلت بألف صحيحة** » . . **لم يصحّ**) لأنه قَبِل غير ما أوجبه البائع ، وكذا لا يصحّ عكسه من طريق أولىٰ ، ولو قال : (بعتك هـٰذا العبد بألف ، وهـٰذه الجارية بمئة) ، فقبل أحدهما وعيّنه . . ففيه احتمالان في « فتاوى القفال » .

والمراد بـ(وفق الإيجاب) : المعنىٰ لا اللفظ ، فلو قال : (بعتك) ، فقال : (تملكت) . . صحّ .

ويشترط : **أن** يقع القبول ممن وقع معه الخطاب ، فلو خاطب بالبيع شخصاً فمات ، ووارثه في المجلس فقبل . . لم يصحّ **على الصحيح** .

ويشترط أيضاً : بقاء الأهلية إلىٰ تمام القبول ، فلو جنّ أحدهما ، أو حجر عليه بسفه قبل وجود الشقّ الآخر . . بطل الإيجاب ، قاله في « شرح المهذب »[3] .

(**وإشارة الأخرس**) المفهمة (**بالعقد كالنطق**) للضرورة ، وكذا كتابته **على الأصح** .

وقوله : (بالعقد) من زياداته على «المحرر»، **واحترز بها** : عن إشارته في الصلاة، وبالشهادة فليس لها حكم النطق فيهما **على الأصحِّ**، كذا قاله في «الدقائق»[4] ، وأهمل

---

(١) المجموع (٩/ ١٦٠) .
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٤٢) ، المجموع (٩/ ١٦٠) .
(٣) المجموع (٩/ ٢٨٤) .
(٤) دقائق المنهاج (ص٥٩) .

وَشَرْطُ ٱلْعَاقِدِ : ٱلرُّشْدُ . **قُلْتُ** : وَعَدَمُ ٱلإِكْرَاهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، . . . .

ثالثة ، وهي عدم الحنث بها عند الحلف على الكلام ؛ كما صححاه في موضعه سواء حلف الأخرس أو حلف عليه(١) .

وهـٰذه الزيادة وإن أخرجت ذلك لكنها تضر من جهة أن إشارته أيضاً في الدعاوىٰ والأقارير والإجازات والفسوخ قائمة مقام نطقه ، وقد خرجت بالزيادة المذكورة ، وقد أعاد المصنف المسألة في الطلاق ، وضمّ الحلّ إلى العقد .

(**وشرط العاقد** : الرشد) فلا يصحّ من صبي وسفيه ؛ لما سيأتي في (باب الحجر) .

نعم ؛ لو نذر بعد بلوغه رشيداً ، ولم يُعد الحكام الحجرَ عليه فباع . . صحّ وإن كان غير رشيد .

قال في « الدقائق » : (وتعبير « المنهاج » بالرشد أصوب من تعبير « المحرر » بقوله : « ويعتبر في العاقدين التكليف » ؛ لأنه يرد عليه السكران ؛ فإنه يصحّ بيعه **على المذهب** مع أنه غير مكلف ؛ كما تقرر في كتب الأصول ، وكذا المحجور عليه بسفه ؛ فإنه لا يصحّ بيعه مع كونه مُكلَّفاً ، وكذلك المكره بغير حقّ ؛ فإنه مُكلَّف لا يصحّ بيعه ، ولا يرد واحد منها على « المنهاج ») انتهىٰ ، وفيه بحث للإسنوي(٢) .

(**قلت** : **وعدم الإكراه بغير حقّ**) لحديث : « إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ »(٣) ، فإن أكره بحقّ ؛ كأن توجه عليه دين ، وامتنع من بيع ماله والوفاء ، فأكرهه الحاكم حتىٰ باع . . صحّ ، ومثله : ما لو أذن أجنبي لعبد في بيع ماله ، وأذن له السيد أيضاً فيه فامتنع ، فأكرهه السيد حتىٰ باع . . فإنه يصحّ ؛ لأنه إكراه بحقّ ؛ لأن للسيد غرضاً صحيحاً في ذلك ، إما لتقليد مؤنه ، أو أخذ أجرة ، وكذا لو أسلم عبد لكافر محجور عليه ، فأجبر الحاكم وليه علىٰ بيعه ، فباع . . صحّ .

ويستثنىٰ **من الإكراه بغير حقّ** : ما لو أكره المالك رجلاً علىٰ بيع مال نفسه ، فباع . .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/٣٢٨) ، روضة الطالبين (١١/٦٣) .
(٢) دقائق المنهاج (ص٥٩) .
(٣) أخرجه ابن حبان (٤٩٦٧) ، وابن ماجه (٢١٨٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَلاَ يَصِحُّ شِرَاءُ ٱلْكَافِرِ ٱلْمُصْحَفَ وَٱلْمُسْلِمَ فِي ٱلأَظْهَرِ ، إِلاَّ أَنْ يَعْتِقَ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ ٱلْحَرْبِيِّ سِلاَحاً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلِلْمَبِيعِ شُرُوطٌ : طَهَارَةُ عَيْنِهِ ، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْكَلْبِ وَٱلْخَمْرِ ....

فإنه يصحّ **على الأصحِّ** ؛ لأنه أبلغ من الإذن .

(**ولا يصحّ شراء الكافر المصحفَ والمسلمَ في الأظهر**) لما فيه من العار ؛ لامتهانه المصحف ، وإذلاله المسلم ، **والثاني** : يصحّ ؛ كالإرث ، ويؤمر بإزالة الملك عنه .

وأخبار الرسول كالمصحف ، وكذلك آثار السلف وكتبُ الفقه التي فيها قرآن أو حديث أو آثار كالمصحف ، ولا يصحّ شراؤه العبدَ المرتد **على الأصحِّ** ؛ لبقاء عِلْق الإسلام .

(**إلا أن يَعتق عليه**) كأبيه وابنه (**فيصح**) الشراء (**في الأصح**) لانتفاء الإذلال ؛ لعدم استقرار الملك ، **والثاني** : لا ؛ لما فيه من ثبوت الملك على المسلم .

(**ولا الحربيِّ سلاحاً ، والله أعلم**) لأنه مستعدّ لقتالنا ، فتسليمه إليه معصية ، وحينئذ فيكون معجوزاً عن تسليمه شرعاً فلا يصحّ .

وخرج بـ(الحربي) : الذمي ؛ لأنه في قبضتنا ، **وبـ(السلاح)** : الحديد ؛ إذ لا يتيقن جعلُه سلاحاً .

(**وللمبيع شروط**) خمسة ؛ كما قاله في « الروضة »[1] وسيذكرها المصنف ، وذكر السبكي أنها ترجع إلىٰ شرطين فقط ، وهما : كونه مملوكاً ، منتفعاً به ؛ لأن القدرة على التسليم ، والعلمَ به ، وكونَ الملك لمن له العقد . . شروط في العاقد ، وشرط الطهارة مستغنىً عنه بالملك ؛ لأن النجس غير مملوك .

(**طهارة عينه**) لأنه عليه السلام حرم بيع الخمر والميتة مع ما فيهما من المنافع[2] ؛ فإن الخمر تُطفأ بها النار ، والميتة تُطعَم للجوارح ويُستصبَح بشحمها ، فدلّ علىٰ أن العلة النجاسةُ .

(**فلا يصحّ بيع الكلب**) ولو معلّماً (**والخمر**) ولو محترمة ؛ لأنه عليه السلام

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠ـ ٣٦٠) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٦) ، ومسلم (١٥٨١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَٱلْمُتَنَجِّسِ ٱلَّذِي لاَ يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَٱلْخَلِّ وَٱللَّبَنِ ، وَكَذَا ٱلدُّهْنُ فِي ٱلأَصَحِّ . ٱلثَّانِي : ٱلنَّفْعُ ، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْحَشَرَاتِ ، وَكُلِّ سَبُعٍ لاَ يَنْفَعُ ، وَلاَ حَبَّتَيِ ٱلْحِنْطَةِ ، وَآلَةِ ٱللَّهْوِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ ٱلآلَةُ إِنْ عُدَّ رُضَاضُهَا مَالاً . . . .

(نهىٰ عن ثمن الكلب) ، و(حرم بيع الخمر) متفق عليه[1] .

(**والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره ؛ كالخلّ واللبن**) بالإجماع فإن أمكن تطهيره ؛ كالثوب . . صحّ إلا أن تستره النجاسة .

(**وكذا الدهن في الأصحّ**) لعدم إمكان تطهيره ، وهـٰذا معطوف على (الخلّ واللبن) مما لا يمكن تطهيره لا (على المتنجس) .

وقضيته : جواز بيعه إذا قيل بإمكان تطهيره ، **والأصحُّ** : المنع ، واستشكله الإسنوي بصحة بيع الثوب المتنجس ، وهو عجب منه ؛ فقد فرق في « المطلب » بينهما بأن معظم منافع الدهن الأكل ، وهو ممتنع مع النجاسة ، بخلاف الثوب ؛ فإن معظم منافعه موجودة مع النجاسة .

(**الثاني : النفع**) به ولو مآلاً ؛ كالجحش الصغير ؛ لأن بذل المال فيما لا منفعة فيه سفهٌ .

(**فلا يصحّ بيع الحشرات**) كعقارب وخَنافس ؛ لعدم النفع ، **ويستثنىٰ** : العلق فإنه يجوز بيعه **على الأصح** ؛ لمنفعة امتصاص الدم ، وكذا النحل ودود القزّ وما يحلّ أكله من الحشرات ؛ كاليربوع والضبّ .

(**وكلِّ سَبُعٍ لا ينفع**) كالأسد ونحوه ، فإن صلح للأكل ؛ كالضبع ، أو للاصطياد ؛ كالفهد ، أو للقتال ؛ كالفيل ، أو للتعلم ؛ كالقرد . . جاز البيع .

(**ولا حَبَّتَي الحنطة**) لسقوط منفعتهما ؛ لقلتهما .

(**وآلةِ اللهو**) المحرم ؛ كالطنبور ؛ لسقوط منفعتها شرعاً (**وقيل : تصحّ الآلة إن عُدَّ رُضاضها**)[2] أي : مكسّرها (**مالاً**) لأن فيها نفعاً مُتوقَّعاً ، فأشبه الجحش

---

(١) أما النهي عن ثمن الكلب . . فهو عند البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه ، وأما تحريم بيع الخمر . . فهو الحديث السابق .

(٢) في (د) : (وقيل : يصح في الآلة) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمَاءِ عَلَى ٱلشَّطِّ ، وَٱلتُّرَابِ بِٱلصَّحْرَاءِ فِي ٱلأَصَحِّ . ٱلثَّالِثُ : إِمْكَانُ تَسْلِيمِهِ ، فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلضَّالِّ وَٱلآبِقِ وَٱلْمَغْصُوبِ . فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى ٱنْتِزَاعِهِ . . صَحَّ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

الصغير ، وردّ بأنها علىٰ هيئتها آلة المعصية ، فلا يقصد منها غيره ما دام التركيب باقياً ، أما ما لا يعدّ رُضاضه مالاً ؛ كالمزمار الصغير من القصب . . فلا يصحّ إلا علىٰ وجه شاذّ حكاه في « شرح المهذب »[1] .

(**ويصحّ بيع الماء على الشَّطِّ ، والترابِ بالصحراء في الأصحّ**) لوجود المنفعة ، والكثرة لا تمنع الماليةَ ، **ووجه مقابله** : أن بذل المال فيه مع وِجْدان مثله بلا منة ولا مؤنة . . سفه ، والخلاف : إذا لم يكن في المبيع وصفٌ مقصود ؛ كبرد الماء وكزَبْلَةِ التراب ، فإن كان . . صحّ قطعاً .

ويصحّ بيع نصف دار شائع بنصفها الآخر **على الأصحِّ** ، **وفائدته** : عدم رجوع الوالد فيما وهبه لولده ، وعدم رجوع البائع في عين ماله عند فَلَس المشتري .

(**الثالث : إمكان تسليمه**) حسّاً أو شرعاً ؛ لأن الانتفاع به يتوقف على التسليم ، وكان الأولى التعبير بالتسلُّم ـ بضمّ اللام ـ ليشمل بيع المغصوب ممن يقدر على انتزاعه وتسلمه ؛ فإن التسليم فعل البائع ، وهو منتف هنا ، ذكره في « المطلب » .

(**فلا يصحّ بيع الضالِّ والآبق**) وإن عرف موضعهما (**والمغصوبِ**) من غير غاصبه ؛ لعدم القدرة على التسليم في الحال ، ويصحّ بيع المغصوب من الغاصب قطعاً ، (**فإن باعه لقادر على انتزاعه**) مع عجز المالك عنه (. . **صحّ على الصحيح**) إذ المقصود وصوله إليه ، وهو متيسر .

نعم ؛ لو كانت قدرتُه تحتاج إلىٰ مؤنة . . لم يصحّ ؛ كما أشار إليه في « المطلب » .

والثاني : لا يصحّ ؛ لأن التسليم واجب على البائع ، وهو عاجز عنه .

ولو كان البائع وحده قادراً على الانتزاع . . صحّ قطعاً ، قال في « المطلب » : إلا إذا كان فيه تعب شديد . . فينبغي أن يكون فيه ما في بيع السمك في البِرْكة ، **والأصحُّ** :

---

(١) المجموع (٩/ ٢٤٣) .

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ نِصْفٍ مُعَيَّنٍ مِنَ ٱلإِنَاءِ وَٱلسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ، وَيَصِحُّ فِي ٱلثَّوْبِ ٱلَّذِي لاَ يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ ٱلْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ ، وَلاَ ٱلْجَانِي ٱلْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلاَ يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ ، . . . .

عدم الصحة ، قال : وهـٰذا عندي لا مدفع له ، ولو باع الآبق ممن يسهل عليه ردُّه . . ففيه الوجهان في المغصوب .

(**ولا يصحّ بيعُ نصفٍ**) مثلاً (**معين من الإناء والسيف ونحوهما**) مما تنقص قيمته بقطعه أو كسره ؛ كالنَّصْل والثوب النفيس ؛ لمنع الشرع عن إضاعة المال ، ولا يتأتىٰ بدونها ، وفي الثوب وجه : أنه يصحّ ، وكلام الرافعي آخر المسألة يميل إليه[1] ، واختاره السبكي .

والفرق بين الثوب وغيره من الإناء ونحوه : أن الثوب نُسِج لِيُقطع ، بخلاف الإناء ونحوه .

(**ويصحّ في الثوب الذي لا يَنقُص بقطعه**) كغليظ الكِرْباس (**في الأصحّ**) لزوال المحذور ، **والثاني** : المنع ؛ لأن القطع لا يخلو عن تغيير لعينِ المبيع .

(**ولا المرهونِ**) بعد قبضه (**بغير إذن مرتهنه**) لعجزه عن تسليمه شرعاً ؛ لما فيه من تفويت حقّ المرتهن ، ويلتحق بالمرهون كلُّ عين استحق حبسها ؛ كالقصّار ونحوه .

(**ولا الجاني المتعلِّقِ برقبته مالٌ في الأظهر**) كالمرهون ، وأولىٰ ؛ لتقدُّم حقّ الجناية علىٰ حقّ الرهن ، **والثاني** : يصحّ ؛ لأن السيد لم يحجر علىٰ نفسه ، بخلاف الراهن ، **والثالث** : أنه موقوف إن فدىٰ . . نفذ ، وإلاّ . . فلا .

والخلاف : إذا باعه لغير حقّ الجناية وكان موسراً ، وكان البيع قبل اختيار الفداء ، فإن كان لحقّ الجناية . . صحّ قطعاً ، وإن كان لغيرها وهو معسر . . بطل ، **وقيل** : على الخلاف .

وإن كان بعد اختيار الفداء . . فقد أطلق في « التهذيب » أنه يصحّ ، وأقرّاه[2] .

(**ولا يضر تعلقه بذمته**) كأن اشترىٰ شيئاً بغير إذن سيده وأتلفه ؛ لأن البيع يَرِدُ على

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٣٧) .
(٢) التهذيب (٧/ ١٧٣ ، ١٧٤) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٨) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٩) .

وَكَذَا تَعَلُّقُ ٱلْقِصَاصِ فِي ٱلأَظْهَرِ . ٱلرَّابِعُ : ٱلْمِلْكُ لِمَنْ لَهُ ٱلْعَقْدُ ، فَبَيْعُ ٱلْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : مَوْقُوفٌ ؛ إِنْ أَجَازَ مَالِكُهُ . . نَفَذَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

الرقبة ، ولا تعلق لرب الدين بها ، ولا يضرُّ أيضاً تعلقه بكسبه ، كما إذا زوّجه فإن مؤنة زوجته في كسبه .

(**وكذا تعلق القصاص**) برقبته (**في الأظهر**) لأنه تُرجىٰ سلامتُه بالعفو ، ويخاف تلفه بالقصاص ، فصحّ بيعه ؛ كالمريض ، **والثاني** : لا يصحّ ؛ لاحتمال العفو علىٰ مال ، وتعلق المال بالرقبة مانع .

وكان ينبغي أن يعبر بالمذهب ؛ فإن المذهب في « الشرح » ، و« الروضة » : القطع بالصحة ، وطريقة القولين ضعيفة[١] .

(**الرابع : المِلك لمن له العقد**) لحديث : « لاَ بَيْعَ إِلاَّ فِيمَا تَمْلِكُ » رواه أبو داوود[٢] ، ولا بدّ من تقييد الملك بالتامّ ؛ ليخرج بيع المبيع قبل القبض ؛ فإنه لا يصحّ كما سيأتي .

وكان الأولىٰ أن يقول : (أن يكون للعاقد عليه ولاية) لئلا يَرِد بيع الفضولي ؛ فإن العقد يقع للمالك موقوفاً علىٰ إجازته عند من يقول بصحته ، والمقصودُ إخراجه .

(**فبيع الفضولي باطل**) للحديث المارّ (**وفي القديم : موقوف إن أجاز مالكه . . نفذ ، وإلا . . فلا**) لحديث عروة البارقي في ذلك[٣]، وهـٰذا القول **نصّ عليه في الجديد** ؛ كما قاله الشيخ أبو محمد وغيره ، قال في « الروضة » : وهو قوي في الدليل ، ونصّ عليه في « البويطي »[٤] ، قال الإسنوي : ونصّ عليه في « الأم » أيضاً في (كتاب الغصب)[٥] والخلاف جار في كلّ عقد يقبل النيابة ؛ كتزويج أمة غيره ونحوه .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٣٩) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٦٠) .

(٢) سنن أبي داوود (٢١٩٠) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) ، وأبو داوود (٣٣٨٤) ، والترمذي (١٢٥٨) ، وابن ماجه (٢٤٠٢) ، واختلف في اتصاله ، قال الحافظ في « التلخيص » (٤/ ١٧٢٨ـ ١٧٢٩) : (قلت : والصواب : أنه متصل في إسناده مبهم) .

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٣٥٦) .

(٥) المهمات (٥/ ٥٠) .

وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُوَرِّثِهِ ظَانّاً حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيْتاً . . صَحَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . ٱلْخَامِسُ : ٱلْعِلْمُ بِهِ ، فَبَيْعُ أَحَدِ ٱلثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ ، وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا ، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا ٱلْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزِنَةِ هَـٰذِهِ ٱلْحَصَاةِ ذَهَباً ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلاَنٌ فَرَسَهُ ، .

فلو عبر بعقد الفضولي . . لكان أشمل .

(**ولو باع مال مُورِّثه**) ظاهراً (**ظانّاً حياته وكان ميتاً . . صحّ في الأظهر**) لصدوره من مالكه ، **والثاني** : لا ؛ لأنه متلاعب .

قالا : ويجري الخلاف فيما لو زوج أمة مُورِّثه ، **واستشكل**[١] .

(**الخامس : العلم به**) عيناً وقدراً وصفة ؛ لصحة النهي عن بيع الغرر[٢] .

واستثني منه مسائل : **منها** : إذا اختلط حَمام البُرْجين ، وباع أحدهما ما له لصاحبه . . فإنه يصحّ **على الأصحّ** ، **ومنها** : لو باع المال الزكوي بعد الوجوب . . **فإن الأصحّ** : البطلان في قدر الزكاة ، والصحة في غيره ، وهو مجهول العين ، **ومنها** : شراء الفُقَّاع ، وما القصدُ لُبُّه ، **ومنها** : بيع الصاع من الصبرة المجهولة فإنه مبهم ؛ كما سيأتي .

(**فبيع أحد الثوبين باطل**) لما فيه من الغرر .

(**ويصحّ بيع صاع من صُبْرة**) وهي الكُومة من الطعام (**تُعلَم صيعانها**) للمتعاقدين ؛ لعدم الغرر ، وينزل على الإشاعة **على الأصحِّ** ، فلو كانت الصبرة عشرة آصع . . فالمبيع العشرُ ، **ويستثنىٰ** : ما لو قال : (بعتك صاعاً من باطن هـٰذه الصبرة) . . فإنه لا يصحّ ؛ كبيع الغائب ، قاله الإمام[٣] .

(**وكذا إن جهلت في الأصح**) لتساوي أجزائها ، فتغتفر جهالةُ العين ، والمبيع هنا صاع مبهم ؛ لتعذر الإشاعة ، **والثاني** : لا يصحّ ؛ كما لو فرقها ثم باع واحداً منها .

وفرق الأول : بأن الصيعان المفرقة ربما تتفاوت في الكيل ، فيختلف الغرض .

(**ولو باع بملء ذا البيت حنطةً ، أو بزِنة هـٰذه الحصاة ذهباً ، أو بما باع به فلان فرسه**) أي : بمثل ما باع به فلان فرسَه ، ولم يعلم أحدهما المقدار قبل العقد ،

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٣٣ ، ٣٤) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٥٧) .

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٢) .

أَوْ بِأَلْفِ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ . . لَمْ يَصِحَّ . وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي ٱلْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ . . تَعَيَّنَ ، أَوْ نَقْدَانِ وَلَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا . . ٱشْتُرِطَ ٱلتَّعْيِينُ . وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلصُّبْرَةِ ٱلْمَجْهُولَةِ ٱلصِّيعَانِ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، وَلَوْ بَاعَهَا بِمِئَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ . . صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِئَةً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَمَتَىٰ كَانَ ٱلْعِوَضُ مُعَيَّناً . . كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْغَائِبِ ، وَٱلثَّانِي : يَصِحُّ ، . . . .

(**أو بألف دراهم ودنانير . . لم يصحّ**) للجهل بأصل المقدار في الثلاثة الأول ، وبمقدار الذهب من الفضة في الرابعة .

(**ولو باع بنقد وفي البلد نقد غالب . . تعيّن**) ولو كان دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدة **على الأصح** ؛ لأن الظاهر إرادتهما له ، (**أو نقدان ولم يغلب أحدهما . . اشتُرط التعيين**) باللفظ ؛ لعدم أولوية أحدهما .

(**ويصحّ بيع الصُّبْرة المجهولة الصيعان كلَّ صاع بدرهم**) لأنه لما عرف الجملة بالتخمين ، وقابل كلّ فرد منها بشيء معين . . انتفى الغرر والغبن ، (**ولو باعها بمئة درهم كلَّ صاع بدرهم . . صحّ إن خرجت مئةً**) لحصول الغرضين **وهما : بيع الجملة** بالمئة[1] ، ومقابلة كلّ واحد بواحد ، ولا يضرّ الجهل بمبلغ الثمن ؛ لأن تفصيله معلوم ، والغرر يرتفع به .

(**وإلا**) أي : وإن لم يخرج مئة (. . **فلا على الصحيح**) لتعذر الجمع بين الأمرين المذكورين ، **والثاني** : يصحّ ؛ تغليباً للإشارة إلى **الصبرة** .

فإن خرجت ناقصة . . خيّر ، فإن أجاز . . فهل يخير بالجميع أم بالقسط ؟ فيه وجهان : **أصحهما في** « **شرح المهذب** » : الثاني[2] ، أو زائدةً . . فالزيادة للمشتري **على الأصحِّ** ، ولا خيار للبائع **على الأصحِّ** .

(**ومتىٰ كان العِوض معيناً . . كفت معاينتُه**) ثمناً كان أو مثمناً ، ولا تشترط معرفة قدره بالكيل والوزن ؛ اعتماداً على التخمين .

(**والأظهر : أنه لا يصحّ بيع الغائب**) لأنه غرر وقد نُهي عنه (**والثاني : يصحّ** ،

---

(١) في (ب) و(د) : (الجملة بالجملة) .
(٢) المجموع (٩/٢٩٧ ، ٢٩٨) .

وَيَثْبُتُ ٱلْخِيَارُ عِنْدَ ٱلرُّؤْيَةِ. وَتَكْفِي ٱلرُّؤْيَةُ قَبْلَ ٱلْعَقْدِ فِيمَا لاَ يَتَغَيَّرُ غَالِباً إِلَىٰ وَقْتِ ٱلْعَقْدِ ،

ويثبت الخيار عند الرؤية) لحديث : « مَنِ ٱشْتَرَىٰ مَا لَمْ يَرَهُ . . فَهُوَ بِٱلْخِيَارِ إِذَا رَآهُ » لكنه حديث ضعيف ؛ كما قاله البيهقي ، وقال الدارقطني : إنه باطل[1] .

وهـٰذا ما نقله الماوردي عن جمهور الأصحاب[2] .

وإذا قلنا به . . فلا بدّ من ذكر جنس المبيع ونوعه **على الأصحِّ** ، فيقول : (بعتك عبدي التركي أو فَرسي العربي) ، **والأصحُّ** : طرد القولين فيما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، **وقيل** : إن لم يره البائع لم يصحّ جزماً . **والخلاف** : فيما لم يره المشتري ، ويجري القولان في بيع الغائب في الشراء به ، وإجارته ، والصلح عليه ، وجعله رأس مال سَلَم إذا سلّم في المجلس ، قال في « شرح المهذب » : ويجريان في وقفه أيضاً ، لكن صحح في « زيادة الروضة » تبعاً لابن الصلاح في (كتاب الوقف) صحته ، وأنه لا خيار له عند الرؤية ، قال في « العجالة » : (لكن جزم القفال في « فتاويه » بالمنع ، فقال : إذا اشترىٰ عبداً أو داراً فعتق العبد ، أو وقف الدار . . لم يصحّ ؛ لأنه لو صحّ . . لأدىٰ إلى انبرام العقد ، ولا ينبرم قبل الرؤية) انتهىٰ[3] .

وليس بين كلام القفال وكلام المصنف وابن الصلاح اختلاف كما قال ؛ إذ لم يتواردا علىٰ محلّ واحد ؛ فإن كلام ابن الصلاح والمصنف في وقف ما استقر ملكه عليه ولم يره ؛ كما لو ورثه أو اشتراه له وكيله ، وكلام القفال فيما لم يستقر ملكه عليه .

(**وتكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلىٰ وقت العقد**) كالأراضي ونحوها وإن منعنا بيع الغائب ؛ لأنه قد عرفه بتلك الرؤية ، والغالب بقاؤه علىٰ ما شاهده عليه ، ولا بدّ أن يكون ذاكراً لأوصافه حالَ البيع ، فإن نسيها . . فهو بيع غائب ، كذا جزم به في « الكفاية » ، ونقله في « المطلب » عن الماوردي وأقره ، ونقله في « شرح

---

(١) سنن البيهقي (٥/ ٢٦٨) ، وسنن الدارقطني (٣/ ٤ ، ٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٠) .

(٣) المجموع (٩/ ٢٧٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٣١٦) ، عجالة المحتاج (٢/ ٦٧٩) .

دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً . وَتَكْفِي رُؤْيَةُ بَعْضِ ٱلْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَىٰ بَاقِيهِ ؛ كَظَاهِرِ ٱلصُّبْرَةِ ، وَأُنْمُوذَجِ ٱلْمُتَمَاثِلِ ، أَوْ كَانَ صِوَاناً لِلْبَاقِي خِلْقَةً ؛ كَقِشْرِ ٱلرُّمَّانِ وَٱلْبَيْضِ ، وَٱلْقِشْرَةِ ٱلسُّفْلَىٰ لِلْجَوْزِ وَٱللَّوْزِ . . . .

المهذب » عنه ثم قال : وما قاله غريب لم يتعرض له الجمهور . انتهىٰ[1] ، لكن المتأخرون كالنَّشَائي وتاج الدين السبكي والأَذْرَعي قالوا : إنّ ما ذكره الماوردي تقييد لمن أطلق .

(**دون ما يتغير غالباً**) كالأطعمة ؛ لأن الرؤية السابقة لم تفد معرفته حال العقد ، **والأصح** فيما احتمل التغير وعدمه ؛ كالحيوان . . الصحة .

(**وتكفي رؤية بعض المبيع إن دلَّ علىٰ باقيه ؛ كظاهر الصُّبْرة**) لأن الغالب استواء ظاهرها وباطنها ، فإن خالف الظاهر الباطن . . ثبت الخيار .

وقوله : (إن دل علىٰ باقيه) دخل فيه الحنطة والجوز ونحوهما ، والمائعات في أوعيتها .

وخرج صبرة البطيخ والسَّفَرجل ونحوهما مما يختلف ؛ فإنه لا بدّ من رؤية كلّ واحدة منها .

(**وأُنْمُوذج المتماثل**) أي : المتساوي الأجزاء ؛ كعين القمح بشرط إدخاله في البيع بعد إلقائه في الصبرة ، فإن لم يُدخله في البيع . . لم يصحّ ؛ لأن المبيع غير مرئي ، وإن أدخله في البيع من غير ردّ . . كان كمن باع عينين رأىٰ إحداهما ؛ لأن المرئي مميز عن غيره ، قاله البغوي في « فتاويه » . قال الإسنوي : (وهو متعين لا شكّ فيه)[2] .

و(أنموذج) : معطوف علىٰ قوله : (ظاهر) لا علىٰ قوله : (بعض) فإنه من أمثلة رؤية البعض ؛ لما تقدم من أنه لا بدّ من إدخاله في البيع .

(**أو كان صِواناً للباقي خِلقةً ؛ كقشر الرمان والبيض ، والقشرة السفلىٰ للجوز واللوز**) لأن بقاءه فيه من صلاحه .

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٥٦) ، المجموع (٩/ ٢٨٢) .
(٢) المهمات (٥/ ٨١) .

وَتُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ كُلِّ شَيْءٍ عَلَىٰ مَا يَلِيقُ بِهِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ ٱلسَّلَمِ لاَ يَكْفِي . وَيَصِحُّ سَلَمُ ٱلأَعْمَىٰ ، . . . .

واحترز بالخلقي : عن جلد الكتاب ؛ فإن رؤيته لا تكفي ، بل لا بدّ من تقليب كلّ ورقة ، لكن أورد علىٰ طرده : الدرّ في صدفه ، والمسك في فأرته . . فإنه لا يصحّ البيع فيهما مع أن الصِّوان خلقي ، وعلىٰ عكسه : الخُشْكَنان ، والجُبّة المحشوة قطناً ، والفُقَّاع . . فإنه يصحّ بيعهم مع أن الصِّوان غير خلقي .

واحترز بـ(السفلىٰ) ، وهي التي تكسر حال الأكل : عن العليا ؛ فإنه لا يصحّ البيع قبل إزالتها .

(**وتعتبر رؤية كلِّ شيء علىٰ ما يليق به**) فلا بدّ في الدار من رؤية البيوت والسقوف والجدران داخلاً وخارجاً ، والمستحم ، والبالوعة ، وكذا السطوح .

وفي البستان من رؤية الأشجار والجدران ومسايل الماء .

وفي العبد من رؤية الوجه والأطراف ، وكذا باقي البدن غير العورة **على الأصح** ، ولا تشترط رؤية اللسان ، والأسنان **على الأصح في « شرح المهذب »** ، والجارية كالعبد **على الأصح**(١) .

ولا بدّ في الدواب من رؤية مقدمها ومؤخرها وقوائمها ، ورفع ما علىٰ ظهرها .

ولا بدّ في الثوب من نشره **على الأصحِّ** .

(**والأصح : أن وصفه بصفة السلم لا يكفي**) عن الرؤية ، وكذا سماع وصفه بطريق التواتر ؛ لأن الرؤية تفيد أموراً تقصر عنها العبارة ، وفي الخبر : « لَيْسَ ٱلْخَبَرُ كَٱلْعِيَانِ »(٢) . **والثاني** : يكفي ؛ لأن ثمرة الرؤية : المعرفةُ ، والوصفُ يفيدها .

(**ويصحّ سلم الأعمىٰ**) سواء أسلم في شيء ، أو أسلم إليه فيه ؛ لأن السلم يعتمد الوصف لا الرؤية ، فعلىٰ هـٰذا : يشترط أن يكون رأس المال موصوفاً ، ثم يعينه في المجلس ، فإن كان معيناً في العقد . . كان كمن باع عيناً ، وإذا صحّ سلمه . . لم يصحّ قبضه **في الأصح** ، بل يوكل ؛ لأنه لا يميز بين حقه وغيره .

---

(١) المجموع (٩/ ٢٧٧) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٢١٣) ، والحاكم (٢/ ٣٢١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَقِيلَ : إِنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ . . فَلاَ .

(**وقيل : إن عمي قبل تمييزه**) أو خلق أعمىٰ (**. . فلا**) ؛ لأنه لا يعرف الألوان ، ولا يميز بينها ، وأجاب الأول : بأنه يعرفها بالسماع ، ويتخيل فرقاً بينها .

وقد يُفهم أنه لا يصحّ من الأعمىٰ من العقود غيرُ السلم ، وليس كذلك ؛ بل يصحّ أن يشتري نفسه ، وأن يقبل الكتابة علىٰ نفسه ، وأن يؤجر نفسه ، وأن يبيع ما شاهده قبل العمىٰ إذا لم يتغير ، وأن يزوج ابنته ونحوها ، ويؤجرهما إذا شاهدهما قبل العمىٰ . ذكرها في « الخصال » ، وفي « الروضة » بعضها[1] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٧١) .

باب الربا

إِذَا بِيعَ ٱلطَّعَامُ بِٱلطَّعَامِ ؛ إِنْ كَانَا جِنْساً . . ٱشْتُرِطَ ٱلْحُلُولُ ، وَٱلْمُمَاثَلَةُ ، وَٱلتَّقَابُضُ قَبْلَ ٱلتَّفَرُّقِ ، أَوْ جِنْسَيْنِ ؛ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ . . جَازَ ٱلتَّفَاضُلُ ، وَٱشْتُرِطَ ٱلْحُلُولُ وَٱلتَّقَابُضُ . وَٱلطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ ٱقْتِيَاتاً أَوْ تَفَكُّهاً أَوْ تَدَاوِياً . . . .

(باب الربا)

هو لغة : الزيادة ، قال الله تعالىٰ : ﴿ ٱهۡتَزَّتۡ وَرَبَتۡ ﴾ أي : زادت ونمت ، **وشرعاً** : الزيادة في بيع النقد والمطعوم بمثلهما ، وهو مجمع علىٰ تحريمه ، وروى الحاكم عن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : « ٱلرِّبَا سَبْعُونَ بَاباً أَيْسَرُهَا مِثْلُ أَنْ يَنْكِحَ ٱلرَّجُلُ أُمَّهُ ، وَإِنَّ أَرْبَى ٱلرِّبَا عِرْضُ ٱلرَّجُلِ ٱلْمُسْلِمِ » ، ثم قال : صحيح علىٰ شرط الشيخين(١) .

(**إذا بيع الطعام بالطعام ؛ إن كانا جنساً . . اشترط الحلول ، والمماثلة ، والتقابض قبل التفرق ، أو جنسين ؛ كحنطة وشعير** . . جاز التفاضل ، **واشترط الحلول ، والتقابض**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱلذَّهَبُ بِٱلذَّهَبِ ، وَٱلْفِضَّةُ بِٱلْفِضَّةِ ، وَٱلْبُرُّ بِٱلْبُرِّ ، وَٱلشَّعِيرُ بِٱلشَّعِيرِ ، وَٱلتَّمْرُ بِٱلتَّمْرِ ، وَٱلْمِلْحُ بِٱلْمِلْحِ مِثْلاً بِمِثْلٍ ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ ، يَداً بِيَدٍ ، فَإِذَا ٱخْتَلَفَتْ هَـٰذِهِ ٱلأَجْنَاسُ . . فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ ، إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ »(٢) أي : مقابضة ، وإذا اعتبر التقابض . . لزم اعتبار الحلول ؛ إذ لو جاز التأجيل . . لجاز تأخير التسليم إلىٰ مضي المدة ، ولا بدّ من القبض الحقيقي ، فلا تكفي الحوالة وإن حصل القبض بها في المجلس **على الأصح** ؛ كما قاله الماوردي(٣) .

(**والطعام ما قصد للطُّعم اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً**) لأنه عليه السلام نصّ على البرّ والشعير ، والمقصود منهما : القوت ، فألحق بهما ما في معناهما ؛ كالأَرُزّ والذُّرَة ، وعلى التمر ، والمقصود منه : التأدم والتفكه ، فألحق به ما في معناه ؛ كالزبيب

---

(١) المستدرك (٢/ ٣٧) ، وأخرج الشطر الأول ابن ماجه (٢٢٧٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٧) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٩١) .

وَأَدِقَّةُ ٱلْأُصُولِ ٱلْمُخْتَلِفَةِ ٱلْجِنْسِ وَخُلُولُهَا وَأَدْهَانُهَا . . أَجْنَاسٌ ، وَٱللُّحُومُ وَٱلْأَلْبَانُ كَذَٰلِكَ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَٱلْمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي ٱلْمَكِيلِ كَيْلاً ، . . . .

والفواكه والبَقْلاوات ونحوها ، وعلى الملح ، والمقصود منه : الإصلاح ، فألحق به ما يحتاج إليه من المطعومات ؛ كالزَّعْفَران والزَّنْجَبيل ودهن الورد والسَّقَمُونْيا ونحو ذلك .

وخرج بقوله : (قُصِدَ) : ما يجوز أكله ولكن لا يقصد ؛ كأطراف قضبان العنب ، والجلود .

والمراد بـ(الطعم) : طعم الآدميين ، فإن اختص به الجن ؛ كالعظم ، أو البهائم ؛ كالحشيش . . فليس بربوي ، فإن اشترك فيه الآدميون والبهائم . . فالحكم للأغلب ، فإن استويا . . فالأصح ـ كما قاله الصَّيْمَري والماوردي ـ : أنه ربوي[1] .

وأُورد على الضابط : الماءُ العذب فإنه ربوي على الأصح ؛ لأنه مطعوم ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّي ﴾ وأَورد الإسنوي الحلوىٰ ، فإنها طعام ؛ كما ذكره المصنف في (الأيمان) ، وهو مردود ؛ فإن الحلوىٰ مما يُتفكه بها ، وليس المراد بالتفكه الثمرَ .

(وأدقة الأصول المختلفةِ الجنس وخلولها وأدهانها . . أجناس) لأنها فروع لأصول مختلفة ربوية فأُجري عليها حكمُ أصولها ، فعلىٰ هـٰذا : يباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متفاضلاً ، وكذلك خلّ التمر بخلّ العنب ، ودهن البَنَفْسَج بدهن الورد .

واحترز بـ(المختلفة) : عن المتحدة ؛ كأدقة أنواع القمح ؛ فإنها جنس قطعاً .

(واللحوم والألبان كذلك في الأظهر) لأنها فروع لأصول مختلفة ، فأشبهت الأدقة ، والثاني : أنها جنس ؛ لاشتراكهما في الاسم الذي لا يقع التمييز بعده إلا بالإضافة ، فأشبهت أنواع الثمار ؛ كالمَعْقِلي والبَرْنِي .

(والمماثلة تعتبر في المكيل كيلاً) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لاَ تَبِيعُوا ٱلْبُرَّ بِٱلْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يَداً بِيَدٍ »[2] ، فنصّ علىٰ أنه لا يعتبر التساوي فيه بالوزن ،

---

(١) الحاوي الكبير (٦/١٢١ـ١٢٢) .

(٢) لم أجده بهـٰذا اللفظ .

وَٱلْمَوْزُونِ وَزْناً . وَٱلْمُعْتَبَرُ : غَالِبُ عَادَةِ ٱلْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . وَمَا جُهِلَ يُرْعَىٰ فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ ٱلْبَيْعِ ، وَقِيلَ : ٱلْكَيْلُ ، وَقِيلَ : ٱلْوَزْنُ ، وَقِيلَ : يَتَخَيَّرُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لَهُ أَصْلٌ . . ٱعْتُبِرَ . . . .

(**والموزون وزناً**) لقوله عليه السلام : « لاَ تَبِيعُوا ٱلذَّهَبَ بِٱلذَّهَبِ ، وَلاَ ٱلْوَرِقَ بِٱلْوَرِقِ إِلاَّ وَزْناً بِوَزْنٍ مِثْلاً بِمِثْلٍ » متفق عليه[1] .

فلو باع المكيل بالوزن ، أو الموزون بالكيل . . لم يصحّ ، ولا فرق في الكيل بين أن يكون معتاداً أم لا ؛ كالقَصْعة .

(**والمعتبر غالب عادة الحجاز في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم**) في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ؛ لأن الظاهر : أنه صلى الله عليه وسلم اطلع عليها وأقرها ، فلو أحدث الناس خلافَ ذلك . . فلا اعتبار بإحداثهم .

(**وما جُهل**) هل كان موجوداً في عهده أم لا ، أو علم وجوده في عهده ، ولم يعلم هل كان موجوداً في الحجاز أم لا ، أو علم وجوده فيه ، ولم يعلم هل كان يكال أو يوزن ، أو علم أنه كان يكال مرة ، ويوزن أخرىٰ ، ولم يغلب [أحدهما ، أو كان أحدهما غالباً ولكن لم يتعين ، أو علم تعينه ثم نسي ؟][2] (**يُرْعىٰ فيه عادة بلد البيع**) لأنّ الشيء إذا لم يكن محدوداً في الشرع . . كان الرجوع فيه إلىٰ عادة الناس ؛ كما في القبض والحرز .

(**وقيل : الكيل**) لأنه أعم ؛ فإن أكثر ما ورد فيه النصّ مكيل ، (**وقيل : الوزن**) لأنه أحصر وأقل تفاوتاً ، (**وقيل : يتخير**) للتساوي ، (**وقيل : إن كان له أصل**) معلوم المعيار (. . **اعتبر**) به ؛ مراعاة لأصله .

فعلىٰ هـٰذا : دهن السِّمْسِم مكيل ، ودهن اللوز موزون إن جعلنا اللوز موزوناً ، وهـٰذا كلّه إذا لم يكن أكبر جرماً من التمر ، فإن كان كالجوز والبيض . . فالاعتبار فيه بالوزن ؛ لأنه لم يعهد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر ، كذا جزم به في « الشرح

---

(١) صحيح البخاري (٢١٧٧) ، صحيح مسلم (١٥٨٤) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .
(٢) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

وَٱلنَّقْدُ بِٱلنَّقْدِ كَطَعَامٍ بِطَعَامٍ . وَلَوْ بَاعَ جِزَافاً تَخْمِيناً . . لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً . وَتُعْتَبَرُ ٱلْمُمَاثَلَةُ وَقْتَ ٱلْجَفَافِ ـ وَقَدْ يُعْتَبَرُ ٱلْكَمَالُ أَوَّلاً ـ . . . .

الصغير » هنا ، ونقله في « الكبير » هنا عن المتولي وأقره ، وجزم به في آخر الباب[1] .

(**والنقد بالنقد كطعام بطعام**) في اشتراط الأمور الثلاثة السالفة عند اتحاد الجنس ، والآخرين عند عدمه بأن يبيع الذهب بالفضة ؛ للحديث السالف .

وكان الأولىٰ : التعبير بالذهب والفضة ؛ ليشمل التبر والسبائك والحلي ؛ فإن النقد هو المضروب خاصة .

والعلة في تحريم الربا في الذهب والفضة : جنسية الأثمان غالباً . ولا يجري الربا في الفلوس وإن راجت **على الأصح** .

(**ولو باع جِزافاً تخميناً . . لم يصحّ وإن خرجا سواء**) لأن التساوي شرط ، والجهل به عند العقد مضر ، وهـٰذا معنىٰ قولهم : (**الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة**) .

(**وتعتبر المماثلة وقت الجفاف**) في الثمار والحبوب ؛ لأنه عليه السلام سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : « أَيَنْقُصُ ٱلرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ ؟ » ، فقالوا : نعم ، فنهىٰ عن ذلك ، صححه الترمذي[2] ، فأشار بقوله : « أَيَنْقُصُ ٱلرُّطَبُ . . . » إلىٰ أن المماثلة إنما تعتبر عند الجفاف ، وإلا . . فالنقصان أوضح من أن يسأل عنه .

ويشترط مع الجفاف : ألاّ ينزع نوى التمر ؛ لأنه إذا نزع . . بطل كماله ؛ لتسارع الفساد إليه ، بخلاف الخَوْخ والمِشْمِش ونحوهما ؛ فإن كماله لا يبطل بنزع النوىٰ ؛ فإن الغالب في مجفَّفِهما نزع النوىٰ ، كما أن اللحم المقدد لا يبطل كماله بنزع العظم منه ، وفي دعوىٰ كون الغالب في مُجفَّف الخَوْخ والمِشْمِش نزع النوىٰ . . نظر .

(**وقد يُعتبر الكمال أولاً**) كما في العرايا ؛ فإن اعتبار الجفاف في المماثلة لم يوجد آخراً ؛ أي : عند الجفاف ، وإنما وجد أولاً ؛ أي : في حال الرطوبة .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٨٠) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٢٥) ، وأخرجه أبو داوود (٣٣٥٩) ، والنسائي (٧/ ٢٦٨) ، وابن ماجه (٢٢٦٤) عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه .

فَلاَ يُبَاعُ رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلاَ بِتَمْرٍ ، وَلاَ عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلاَ بِزَبِيبٍ . وَمَا لاَ جَفَافَ لَهُ كَٱلْقِثَّاءِ وَٱلْعِنَبِ ٱلَّذِي لاَ يَتَزَبَّبُ لاَ يُبَاعُ أَصْلاً ، وَفِي قَوْلٍ : تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْباً . وَلاَ تَكْفِي مُمَاثَلَةُ ٱلدَّقِيقِ وَٱلسَّوِيقِ وَٱلْخُبْزِ ، بَلْ تُعْتَبَرُ ٱلْمُمَاثَلَةُ فِي ٱلْحُبُوبِ : حَبّاً ، وَفِي حُبُوبِ ٱلدُّهْنِ كَٱلسِّمْسِمِ : حَبّاً أَوْ دُهْناً ، وَفِي ٱلْعِنَبِ : زَبِيباً أَوْ خَلَّ عِنَبٍ ، وَكَذَا ٱلْعَصِيرُ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

(فلا يباع رُطَب برطب) للنهي عنه كما سبق[1] ، (ولا بتمر) أي : ولا رطب بتمر ؛ ليقين التفاوت عند الجفاف ، وتستثنى العرايا كما سيأتي (ولا عِنبٌ بعنب ولا بزبيب) لما مرّ .

(وما لا جفاف له ؛ كالقثاء والعنب الذي لا يتزبب.. لا يباع) بعضه ببعض (أصلاً) قياساً على الرطب بالرطب ، (وفي قول : تكفي مماثلتُه رطباً) ؛ لأن معظم منافعه في رطوبته ، فكان كاللبن فيباع وزناً .

وأورد الزيتون ؛ فإنه يجوز بيعه بمثله ، كما نقله الإمام عن صاحب « التقريب » وارتضاه، وجزم به في «الوسيط» مع أنه لا جفاف له ، وردّ : بأنه جاف ، وتلك الرطوبات التي فيه إنما هي الزيت ، ولا مائية فيه ، ولو كان فيه مائية.. لجفّ ، وفيه نظر[2] .

(ولا تكفي مماثلةُ الدقيق والسويق والخبز) ونحو ذلك مما يتخذ من الحبّ كالنَّشَاء ؛ للجهل بالمماثلة ؛ فإن الدقيق ونحوه متفاوت في النعومة ، والخبز ونحوه يتفاوت في تأثير النار .

(بل تعتبر المماثلةُ في الحبوب) التي لا دهن فيها (حبّاً) بعد تناهي جفافه ، وتنقيته من التبن غير مقلي ، ولا مقشور ، ولا مبلول وإن جف بعد بلّه ، وعلم من كلامه أنه لا يجوز بيع الحب بشيء مما يتخذ منه ؛ كالدقيق والنَّشَاء ، ولا بما فيه شيء مما يتخذ منه كالحلواء المعمولة بالنَّشَاء ، ويجوز بالنُّخالة ؛ لأنها ليست ربوية .

(وفي حبوب الدهن ؛ كالسمسم : حبّاً أو دهناً ، وفي العنب : زبيباً ، أو خلَّ عنبٍ) لأن كليهما علىٰ هيئة الادخار، (وكذا العصير في الأصح)؛ لأنه مُتهيىء لأكثر

---

(١) في (ص ٢٣) .
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٧٣) ، الوسيط (٣/ ٥٣) .

وَفِي ٱللَّبَنِ : لَبَناً أَوْ سَمْناً أَوْ مَخِيضاً صَافِياً ، وَلاَ يَكْفِي ٱلتَّمَاثُلُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَٱلْجُبْنِ وَٱلأَقِطِ . وَلاَ تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ ٱلنَّارُ بِٱلطَّبْخِ أَوِ ٱلْقَلْيِ أَوِ ٱلشَّيِّ . وَلاَ يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَٱلْعَسَلِ وَٱلسَّمْنِ . وَإِذَا جَمَعَتِ ٱلصَّفْقَةُ رِبَوِيّاً مِنَ ٱلْجَانِبَيْنِ وَٱخْتَلَفَ ٱلْجِنْسُ مِنْهُمَا ـ كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ، وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَوْ دِرْهَمَيْنِ ـ أَوِ ٱلنَّوْعُ ؛ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا . . فَبَاطِلَةٌ . . . .

الانتفاعات ، فيجوز بيع العصير بمثله ، **والثاني** : لا ؛ لأنه ليس علىٰ هيئة كمال المنفعة ، وكلامه يوهم أن هـٰذا لا يجيء مثله في الرطب ، وليس كذلك بل له كمالات : تمر ، وخلّ ، وعصير ، وفي خلّه وجه ؛ بناء علىٰ أنه لا يتأتىٰ إلا بالماء .

(**وفي اللبن : لبناً أو سمناً أو مَخيضاً صافياً**) أي : خالصاً عن الماء ؛ لأن كلاًّ منها مقصود ، ومعيار اللبن : الكيل حتىٰ يباع الرائب بالحليب كيلاً وإن تفاوتا في الوزن ، وكذا هو معيار الدهن ، والخلّ ، والعصير .

واعلم : أن اللبن جنس ينقسم إلىٰ : المخيض ، والحليب ، والرائب ، فلا يحسن جعل المخيض قسيماً للَّبن ، بل هو قسم منه .

(**ولا يكفي التماثل في سائر أحواله**) أي : باقي أحوال اللبن (**كالجبن والأَقِط**) ، والمَصْل والزبد ؛ لأنها لا تخلو عن مخالطة شيء ، فالجبن تخالطه الإنْفَحة ، والأَقِط يخالطه الملح ، والمَصْل يخالطه الدقيق ، والزبد يخالطه المَخيض .

(**ولا تكفي مماثلةُ ما أثرت فيه النار بالطبخ أو القَلْي أو الشَّيِّ**) لأن تأثير النار لا غاية له ، فيؤدي إلى الجهل بالمماثلة .

(**ولا يضرّ تأثير تمييزٍ ؛ كالعسل والسمن**) والذهب والفضة ؛ فإن النار في العسل لتمييز الشمع ، وفي السمن لتمييز اللبن ، وفي الذهب والفضة لتمييز الغِشّ ، وهي لطيفة لا تؤثر في العقد .

(**وإذا جَمَعت الصفقةُ**) جنساً (**ربوياً من الجانبين ، واختلف الجنس منهما**) ، أو من أحدهما (**كمد عجوةٍ ، ودرهم بمدّ ودرهم ، وكمدٍّ ودرهم بمدين أو درهمين** ، **أو**) اختلف (**النوع ؛ كصحاح ومكسرة بهما**) أي : بالصحاح ، والمكسرة (**أو بأحدهما**) أي : بالصحاح فقط ، أو بالمكسرة فقط (. . **فباطلة**) ؛ لأن اختلاف

وَيَحْرُمُ بَيْعُ ٱللَّحْمِ بِٱلْحَيَوَانِ مِنْ جِنْسِهِ ، وَكَذَا بِغَيْرِ جِنْسِهِ مِنْ مَأْكُولٍ وَغَيْرِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ .

العوض من الجانبين ، أو من أحدهما يوجب توزيعَ الثمن عليهما بالقيمة يوم العقد عرفاً وحكماً ؛ لأنه لو باع سيفاً وشقصاً من عقار بألف.. وزعت الألف عليهما باعتبار القيمة ، حتىٰ إذا كانت قيمة الشقص مئة ، وقيمة السيف خمسين.. أخذ الشفيع الشقص بثلثي الألف .

والتوزيع يقتضي الجهل بالمماثلة ، أو حقيقة المفاضلة ؛ لأنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدين مثلاً.. نظر ؛ إن كانت قيمة المدّ الذي مع الدرهم أكثرَ من الدرهم ؛ مثل : أن تكون قيمته درهمين.. فيكون المدّ ثلثي ما في هـٰذا الطرف ، فيقابله ثلثا المدين من الطرف الآخر ، فيصير كأنه قابل مدّاً بمدّ وثلث ، وإن كان أقل ؛ مثل : أن تكون قيمته نصف درهم.. فيكون المدّ ثلث ما في هـٰذا الطرف ، فيقابله ثلث المدين من الطرف الآخر ، وهما ثلثا مدّ ، وإن كان مساوياً.. فالمماثلة وإن وجدت ، لكنها تستند إلى التقويم ، والتقويم حَدْس وتخمين قد يكون صواباً ، وقد يكون خطأً .

والمماثلة المعتبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية .

(**ويحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه**) ويبطل ؛ لأنه عليه السلام نهىٰ عن بيع اللحم بالحيوان ، رواه الشافعي عن مالك مرسلاً[1] .

(**وكذا بغير جنسه من مأكول وغيره في الأظهر**) لعموم الحديث المذكور ، **والثاني** : لا ، أما في المأكول.. فبالقياس علىٰ بيع اللحم باللحم ، وأما في غيره.. فلأن سبب المنع بيعُ مال الربا بأصله المشتمل عليه ، ولم يوجد ذلك هنا .

* * *

---

(١) مختصر المزني (ص٧٨) ، الموطأ (٢/ ٦٥٥) .

بابٌ
[في البيوع المنهيّ عنها]

نَهَىٰ رَسُولُ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : عَنْ عَسْبِ ٱلْفَحْلِ ، وَهُوَ : ضِرَابُهُ ، وَيُقَالُ : مَاؤُهُ ، وَيُقَالُ : أُجْرَةُ ضِرَابِهِ ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ ، وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَعَنْ حَبَلِ ٱلْحَبَلَةِ ، وَهُوَ : نِتَاجُ ٱلنِّتَاجِ ؛ بِأَنْ يَبِيعَ نِتَاجَ ٱلنِّتَاجِ ، أَوْ بِثَمَنٍ إِلَىٰ نِتَاجِ ٱلنِّتَاجِ . . . .

(باب) في البيوع المنهي عنها

(**نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عَسْب الفحل**) هـٰذا النهي متفق عليه[1] .

(**وهو : ضرابه**) أي : طروق الفحل للأنثىٰ ، (**ويقال : ماؤه ، ويقال : أجرة ضرابه**) قال الرافعي : والأول هو المشهور في كتب الفقه[2] .

ولا بدّ في الحديث من تقدير ؛ لأن نفس العسب ـ وهو الضراب ـ لا يتعلق به النهي ؛ لأنه ليس من أفعال المكلفين ، والإعارة له محبوبة ، فيكون التقدير **على الأول** : أجرة عسب الفحل ، **وعلى الثاني** : ثمن مائه .

(**فيحرم ثمن مائه**) لأنه غير متقوم ، (**وكذا أجرته في الأصح**) لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك ، بل يتعلق باختيار الفحل ، **والثاني** : يجوز ؛ كالاستئجار لتلقيح النخل .

(**وعن حَبَلِ الحبلة**) هـٰذا النهي متفق عليه[3] (**وهو : نتاج النتاج ؛ بأن يبيع نتاج النتاج ، أو بثمن إلىٰ نتاج النتاج**) **الأول** : تفسير أهل اللغة ، **والثاني** : تفسير ابن عمر رضي الله عنهما ، واختاره الشافعي ؛ لأن الراوي أفهم للمقصود ، وعلى التفسيرين : البيع باطل ؛ **فالأول** : لانتفاء الملك ، وغيره من شروط المبيع ، **والثاني** : لجهالة الأجل .

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٨٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، صحيح مسلم (١٥٦٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .
(٢) الشرح الكبير (٤/١٠١) .
(٣) صحيح البخاري (٢١٤٣) ، صحيح مسلم (١٥١٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَعَنِ ٱلْمَلاَقِيحِ ، وَهِيَ : مَا فِي ٱلْبُطُونِ . وَٱلْمَضَامِينِ ، وَهِيَ : مَا فِي أَصْلاَبِ ٱلْفُحُولِ . وَٱلْمُلاَمَسَةِ ؛ بِأَنْ يَلْمَسَ ثَوْباً مَطْوِيّاً ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَىٰ أَنْ لاَ خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ ، أَوْ يَقُولَ : (إِذَا لَمَسْتَهُ . . فَقَدْ بِعْتُكَهُ) . وَٱلْمُنَابَذَةِ ؛ بِأَنْ يَجْعَلاَ ٱلنَّبْذَ بَيْعاً . . . .

(**وعن الملاقيح ، وهي : ما في البطون**) أي : بطون الإبل خاصة ؛ كما قاله الجوهري[1] .

(**والمضامين ، وهي : ما في أصلاب الفحول**) هـٰذا النهي رواه مالك مرسلاً ، وهو معتضد بالإجماع ، وقد أسنده البزار عن أبي هريرة[2] ، ووجه البطلان فيهما : انتفاء الشروط .

(**والملامسة**) هـٰذا النهي متفق عليه[3] (**بأن يَلمَس ثوباً مطويّاً ، ثم يشتريه علىٰ أن لا خيار له إذا رآه**) الذي فسر به الشافعي والجمهور ـ منهم الرافعي في كتبه ، والمصنف في « الروضة » ـ الملامسةَ : بأن يلمس ثوباً مطوياً ، فيقول صاحبه : بعتكه بشرط قيام لمسك مقام نظرك ، ولا خيار لك إذا رأيته ، ووجه البطلان : أنا إن فرعنا علىٰ إبطال بيع الغائب . . فظاهر ، وإن فرعنا علىٰ صحته . . فباطل أيضاً ؛ فإنا إذا صححنا شراء ما لم يره فاشتراه علىٰ أن لا خيار له عند الرؤية . . فالبيع باطل **على الأصح**[4] .

(**أو يقول : « إذا لمسته . . فقد بعتكه »**) هـٰذا التفسير نقله الرافعي عن الإمام ، وعلل بطلانه بما فيه من التعليق[5] .

(**والمنابذة**) هـٰذا النهي متفق عليه[6] (**بأن يجعلا النبذ**) ، وهو الطرح والإلقاء (**بيعاً**) أي : قائماً مقام الصيغة ، فيجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة ؛ فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها .

---

(١) الصحاح (١/ ٣٥١) .
(٢) الموطأ (٢/ ٦٥٤) ، مسند البزار (٧٧٨٥) .
(٣) صحيح البخاري (٢١٤٦) ، صحيح مسلم (١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٤) مختصر المزني (ص٨٨) ، الشرح الكبير (٤/ ١٠٣) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٩٨) .
(٥) الشرح الكبير (٤/ ١٠٣) .
(٦) صحيح البخاري (٢١٤٦) ، صحيح مسلم (١٥١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَبَيْعِ ٱلْحَصَاةِ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بِعْتُكَ مِنْ هَـٰذِهِ ٱلأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَـٰذِهِ ٱلْحَصَاةُ عَلَيْهِ) ، أَوْ يَجْعَلاَ ٱلرَّمْيَ بَيْعاً ، أَوْ (بِعْتُكَ وَلَكَ ٱلْخِيَارُ إِلَىٰ رَمْيِهَا) . وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْداً أَوْ بِأَلْفَيْنِ إِلَىٰ سَنَةٍ) ، أَوْ (بِعْتُكَ ذَا ٱلْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَىٰ أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا) . وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ، كَبَيْعٍ بِشَرْطِ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ ، . . . .

(**وبيع الحصاة**) هـٰذا النهي في « صحيح مسلم »[1] (**بأن يقول : « بعتك من هـٰذه الأثواب ما تقع هـٰذه الحصاة عليه »** ، **أو يجعلا الرمي بيعاً** ، **أو « بعتك ولك**) أو لي (**الخيار إلىٰ رميها »**) وجه البطلان **في الأول** : جهالة المبيع ، **وفي الثاني** : فقدان الصيغة ، **وفي الثالث** : الجهل بالخيار .

واعلم : أنه لا يحسن عطف الثالث علىٰ ما قبله بل على الأول ؛ فإنهما معمولان ؛ لقوله في الأول : (بأن يقول) ، فكان ينبغي تقديمه على الثاني ، أو يزيد فيه لفظة (يقول) كما في « المحرر »[2] .

(**وعن بيعتين في بيعة**) هـٰذا النهي رواه الترمذي وصححه[3] (**بأن يقول : « بعتك بألف نقداً ، أو بألفين إلىٰ سنة »**) فخذ بأيهما شئت أنت ، أو أنا ، وهو باطل ؛ للجهالة .

(**أو « بعتك ذا العبد بألف علىٰ أن تبيعني دارك بكذا »**) ، وهو باطل ؛ لما فيه من الشرط ، وسيأتي أن الشرط مبطل إلا ما استثني .

(**وعن بيع وشرط ؛ كبيع بشرط بيع أو قرض**) **صورة المسألة** : أن يقول : (**بعتك** عبدي بألف بشرط أن تبيعني دارك بكذا ، أو بشرط أن تقرضني عشرة) ، وهـٰذا البيع باطل ؛ لأنه جعل الألف ورِفْقَ العقد الثاني ثمناً ، واشتراط العقد الثاني فاسد ، فبطل بعض الثمن ، وليس له قيمة معلومة حتىٰ يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي ، وهـٰذا النهي أخرجه الحافظ عبد الحق في « الأحكام » من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

---

(١) صحيح مسلم (١٥١٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) المحرر (ص١٤٠) .

(٣) سنن الترمذي (١٢٣١) ، وأخرجه النسائي (٧/ ٢٩٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ زَرْعاً بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ ٱلْبَائِعُ ، أَوْ ثَوْباً وَيَخِيطَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُهُ ، وَتُسْتَثْنَىٰ صُوَرٌ كَٱلْبَيْعِ بِشَرْطِ ٱلْخِيَارِ ، أَوِ ٱلْبَرَاءَةِ مِنَ ٱلْعَيْبِ ، أَوْ بِشَرْطِ قَطْعِ ٱلثَّمَرِ وَٱلأَجَلِ وَٱلرَّهْنِ وَٱلْكَفِيلِ ٱلْمُعَيَّنَاتِ . . . .

(**ولو اشترىٰ زرعاً بشرط أن يحصده البائع ، أو ثوباً ويخيطه . . فالأصح : بطلانه**) أي : العقد ، وهو البيع والشرط ، أما الشرط . . فلمنافاته مقتضى العقد ؛ فإن قضية العقد : أن يكونا على المشتري ، وأما البيع . . فلأن الشرط إذا فسد . . فسد البيع ، **والثاني** : يبطل الشرط جزماً ، وفي البيع قولا تفريق الصفقة .

(**وتستثنىٰ**) من النهي عن بيع وشرط (**صور ؛ كالبيع بشرط الخيار ، أو البراءة من العيب ، أو بشرط قطع الثمر**) لما يأتي في بابه ، (**والأجلِ والرهن والكفيل المُعيَّنات**) ، أما الأجل : فلقوله تعالىٰ : ﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ ، ولا بدّ من احتمال بقاء المشتري إلى انقضاء الأجل لا كألف سنة ؛ للعلم بأن المشتري لا يبقىٰ هـٰذه المدةَ ، فيسقط الأجل بالموت ، نقله الرافعي عن الروياني ، وأقره بقوله : (ولأنه في احتمال في بقائه إليه) ، واعترضه في « الروضة » فقال : (لا يشترط احتمال بقائه ، بل ينتقل إلىٰ وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاءُ الدنيا إليه . . فاسد) انتهىٰ[1] .

وردّ في « المهمات » هـٰذا الاعتراض فقال : (الكلام ليس في مستحق الدين ، بل في من هو عليه ، ولهـٰذا قال : « فيسقط الأجل بموته » ، والأجل يسقط بموت من عليه لا بموت من هو له ، قال : وإذا ظهر هـٰذا . . ظهر أيضاً البطلان فيما إذا كان يبعد بقاء الدنيا إليه ؛ لأنا نعلم الاستحقاق قبله بموت من عليه)[2] .

وأما الرهن والكفيل . . فللحاجة إليهما ؛ لأنه قد لا يرضىٰ بمعاملته بدونهما ، ولا بدّ في المرهون أن يكون معيناً بالمشاهدة أو الوصف بصفات السلم ؛ كما قالاه هنا[3] ،

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ١٠٧) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٠١) .

(٢) المهمات (٥/ ١٢٣) .

(٣) الشرح الكبير (٤/ ١٠٨) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٠٢) .

لِثَمَنٍ فِي ٱلذِّمَّةِ وَٱلْإِشْهَادِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ ٱلشُّهُودِ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ ٱلْمُعَيَّنُ . . فَلِلْبَائِعِ ٱلْخِيَارُ . وَلَوْ بَاعَ عَبْداً بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ . . فَٱلْمَشْهُورُ : صِحَّةُ ٱلْبَيْعِ وَٱلشَّرْطِ ،

لكن ذكرا عند بيع الغائب : أن رهن الغائب على القولين في بيع الغائب[1] .

ويشترط : أن يكون المرهون غيرَ المبيع ، فإن كان هو . . لم يصحّ ؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلا بعد الشرط ، ولا بدّ في الكفيل من تعيينه أيضاً بالمشاهدة أو بالاسم أو النسب ، ولا تكفي الصفة ؛ بأن يقول : (رجل موسر ثقة) .

(**لثمن في الذمة**) فإن كان مُعيَّناً ؛ كقوله : (اشتريت بهـٰذه الدراهم علىٰ أن أسلمها في وقت كذا) . . فهو فاسد؛ لأن الأجل شرع رفقاً للتحصيل، والمُعيَّن حاصل.

وكذا لا يصحّ به رهن وكفيل ؛ فإن الأعيان لا يرهن بها ، ولا تضمن علىٰ ما سيأتي في موضعه .

وإطلاقه : اشتراط كون الثمن في الذمة لا يستقيم بالنسبة إلى الضمان ، فإن ضمان العين المبيعة وغيرها من الأعيان المضمونة . . صحيح **على الصحيح** ، والثمن المُعيَّن بمثابة المبيع ؛ فيصحّ ضمانه .

وتعبيره بـ(الثمن) ناقص ؛ فإن المبيع قد يكون في الذمة أيضاً ؛ كما لو قال : (اشتريت منك صاعاً في ذمتك بصفة كذا) ، وحينئذ فيصحّ اشتراط الأجل والرهن والكفيل .

فلو عبر بقوله : (لعوض في الذمة) . . لاندفع هـٰذا الاعتراض .

(**والإشهاد**) على الثمن أو المثمن ؛ للحاجة إليه (**ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح**) لأن المقصود من الشهود العدالة ؛ لإثبات الحق عند الحاجة ، فلا يتفاوت الغرض فيهم ، **والثاني** : يشترط ؛ كالرهن والكفيل .

(**فإن لم يرهن أو لم يتكفل المُعيَّن . . فللبائع الخيار**) وكذا لو لم يشهد ؛ كما في « شرح المهذب » لفوات شرطه[2] .

(**ولو باع عبداً بشرط إعتاقه . . فالمشهور : صحة البيع والشرط**) لقصة بَريرة

---

(1) الشرح الكبير (٤/ ٥٢) ، روضة الطالبين (٣/ ٣٧٠) .
(2) المجموع (٩/ ٣٥٨) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لِلْبَائِعِ مُطَالَبَةَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلإِعْتَاقِ ، وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ ٱلْعِتْقِ ٱلْوَلاَءَ لَهُ ، أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ . . . .

المتفق عليها ؛ فإن فيها اشتراطَ العتق والولاء ولم ينكر عليه السلام إلا اشتراط الولاء[1] ، **والثاني** : لا يصحان ؛ كما لو شرط بيعه أو رهنه ، **والثالث** : يصحّ العقد ، ويبطل الشرط ، هـٰذا إذا أطلق العتق ، أو قال : (بشرط أن تعتقه عن نفسك) ، فلو قال : (عني) . . لغا العقد ؛ كما قاله في « شرح المهذب »[2] .

ويستثنىٰ : ما لو اشترىٰ من يعتق عليه بشرط إعتاقه . . فإن البيع يبطل ؛ لتعذر الوفاء بالشرط فإنه يعتق قبل إعتاقه ، قاله القاضي الحسين وأقرّاه ، لكن قال في « شرح المهذب » : (إن فيه نظراً و يحتمل أن يصحّ البيع ، ويكون شرط العتق توكيداً للمعنىٰ)[3] .

(**والأصح : أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق**) لأنه يثاب علىٰ شرطه ، وله غرض في تحصيله ، **والثاني** : لا ؛ لأنه لا ولاية له علىٰ حقِّ الله تعالىٰ .

وهـٰذا الخلاف مبني علىٰ أن العتق المشروط حقٌّ لله تعالىٰ ؛ كالملتزم بالنذر **وهو الأصح** ، أما إذا قلنا بالوجه الآخر : إنه حقٌّ للبائع . . فيطالب به جزماً .

ولو امتنع المشتري من العتق . . أجبره الحاكم على العتق **على الأصح** ؛ بناء علىٰ أن الحقَّ لله تعالىٰ ، فإن قلنا : الحقُّ للبائع . . لم يجبر ، بل يثبت له الخيار بين الفسخ والإمضاء .

(**وأنه لو شرط مع العتق الولاء له ، أو شرط تدبيرَه أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر . . لم يصحّ البيع**) أما الولاء : فوجه بطلان البيع بشرطه : أنه شرط يتضمن نقلَ الملك إلى البائع وارتفاع العقد ، ووجه الصحة : قوله عليه السلام في حديث بَريرة : « وَٱشْتَرِطِي لَهُمُ ٱلْوَلاَءَ »[4] ، وأجاب الشافعي بأن (لهم) هنا : بمعنىٰ عليهم ؛ كما في قوله

---

(١) أخرجها البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (٦/١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) المجموع (٣٤٦/٩) .

(٣) الشرح الكبير (١١٤/٤) ، روضة الطالبين (٤٠٥/٣) ، المجموع (٣٤٨/٩) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٢٩) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى ٱلْعَقْدِ كَٱلْقَبْضِ وَٱلرَّدِّ بِعَيْبٍ ، أَوْ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ ؛ كَشَرْطِ أَلاَّ يَأْكُلَ إِلاَّ كَذَا . . صَحَّ ، وَلَوْ شَرَطَ وَصْفاً يُقْصَدُ ؛ كَكَوْنِ ٱلْعَبْدِ كَاتِباً ، أَوِ ٱلدَّابَّةِ حَامِلاً أَوْ لَبُوناً . . صَحَّ ، . . . .

تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾[1] ، ويدل عليه إنكاره عليه السلام هٰذا الشرط .

وأما الباقي : فوجه البطلان فيها : أن العتق ليس بناجز ، ووجه الصحة : حصول المقصود .

واحترز بقوله : (مع العتق) عمّا إذا شرط الولاء له فقط . . فإن البيع باطل قطعاً ؛ كما نقلاه هنا عن المتولي وأقراه ؛ لأن الولاء تابع للعتق ، وهو لم يشترط الأصلَ[2] .

(**ولو شرط مقتضى العقد ؛ كالقبض والردّ بعيب ، أو ما لا غرض فيه ؛ كشرط ألا يأكل إلا كذا . . صحّ**) **أما الأول** . . فلأن اشتراطه تأكيد وتنبيه علىٰ ما أوجبه الشارع عليه .

وأما الثاني . . فلأن ذكره لا يورث تنازعاً في الغالب[3] .

وقوله : (صحّ) يعني العقد ، أما الشرط . . فهو في الثانية لاغ ، وأما في الأولىٰ . . ففي « الشرح » و« الروضة » : أنه لا يضر ولا ينفع[4] ، وفي « المطلب » : أن في كلام بعضهم ما يقتضي أن يكون صحيحاً مؤكداً ، وفي كلام غيره أنه لاغ ، قال الإسنوي تبعاً للسبكي : وهو بحث لفظي ، قال الزركشي : ويمكن أن يقال : تظهر فائدته في تعذر الشرط ، كما لو تعذر القبض لمنع البائع منه ، فإن قلنا بصحته . . ثبت الخيار .

(**ولو شرط وصفاً يُقصَد ؛ ككون العبد كاتباً ، أو الدابةِ حاملاً أو لبوناً . . صحّ**)

---

(١) مختصر المزني (ص٣٢٨) .

(٢) الشرح الكبير (٤/ ١١٤) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٠٥) .

(٣) وما جزم به في الثانية تبعاً لـ« المحرر » [ص١٤١] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وقال في « شرح المهذب » [٩/ ٣٤٦] : **إنه المذهب** ، واقتضاه كلام « الروضة » [٣/ ٤٠٦] و« أصلها » [٤/ ١١٥] فإنهما نقلا الصحة عن الإمام والغزالي ، وعن مقتضىٰ كلام « التتمة » البطلان ، قال الإسنوي [المهمات (٥/ ١٢٨)] : والذي نص عليه في « الأم » هو البطلان ، وبسط ذلك . **اهـ هامش (أ)** .

(٤) الشرح الكبير (٤/ ١١٥) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٠٥) .

وَلَهُ ٱلْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ ، وَفِي قَوْلٍ : يَبْطُلُ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلدَّابَّةِ . وَلَوْ قَالَ : (بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا) . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْحَمْلِ وَحْدَهُ ، وَلاَ ٱلْحَامِلِ دُونَهُ ، وَلاَ ٱلْحَامِلِ بِحُرٍّ . . . .

لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع التي تختلف بها الأغراض ، (**وله الخيار إن أخلف**) لفوات شرطه .

واحترز بقوله : (**يقصد**) : عما لا يقصد ؛ كالزنا والسرقة وغيرهما من العيوب ؛ فإنه لا خيار بفواتها ، وكذا لو شرط أنها ثيب فخرجت بكراً **على الأصح** .

(**وفي قول : يبطل العقد في الدابة**) لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً ، فأشبه ما لو قال : (بعتكها وحَمْلَها) ، وهو باطل على ما سيأتي .

وأجاب الأول : بأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد ، والخلاف مبني على أن الحمل يعلم أم لا ، وفيه قولان : **أصحهما** : نعم .

(**ولو قال : « بعتكها وحَمْلها » . . بطل في الأصحّ**) لأن ما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره ، **والثاني** : يجوز ؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق ، فلا يضر التنصيص عليه ؛ كما لو قال : (بعتك هـٰذا الجدار وأساسه) .

وفرق الأول : بأن الأساس داخل في مُسمَّى الجدار ، فذكرُه ذكرٌ لما دخل في اللفظ ، فلا يَضرّ التنصيص عليه ، والحمل غير داخل في مُسمَّى البهيمة ، فإذا ذكره . . فقد ذكر شيئاً آخر مجهولاً وباعه مع المعلوم .

(**ولا يصحّ بيع الحمل وحده**) لما مرّ في النهي عن بيع الملاقيح[1] ، وهـٰذا مكرر ؛ فإنه عين بيع الملاقيح .

(**ولا الحاملِ دونه**) أي : دون الحمل ؛ لأنه لا يفرد بالعقد ، فلا يجوز استثناؤه ؛ كأعضاء الحيوان .

(**ولا الحاملِ بحُرٍّ**) لأن الحمل لا يدخل والحالة هـٰذه في البيع ، فكأنه استثناه ، **وقيل** : يصحّ ؛ لأن الحمل مستثنىً شرعاً .

---

(١) في (ص ٣٠) .

وَلَوْ بَاعَ حَامِلاً مُطْلَقاً . . دَخَلَ ٱلْحَمْلُ فِي ٱلْبَيْعِ .

فَصْلٌ

[في المنهيات التي لا يقتضي النهي فسادها]

وَمِنَ ٱلْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لاَ يَبْطُلُ ؛ لِرُجُوعِهِ إِلَىٰ مَعْنَىً يَقْتَرِنُ بِهِ ؛ كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ ؛ بِأَنْ يَقْدَمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ ٱلْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ : (ٱتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى ٱلتَّدْرِيجِ بِأَغْلَىٰ) .

وَتَلَقِّي ٱلرُّكْبَانِ ؛ بِأَنْ يَتَلَقَّىٰ طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعاً إِلَى بَلَدٍ ، فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِٱلسِّعْرِ ، . . . .

(ولو باع حاملاً مطلقاً) أي : من غير شرط يدل على الدخول أو عدمه (. . دخل الحمل في البيع) تبعاً لها ، **ومحله** : إذا كان مملوكاً لمالك الأم ، وإلاَّ . . فيبطل البيع .

* * *

(فصل : ومن المنهي عنه ما لا يبطل ؛ لرجوعه إلىٰ معنىً يقترن به ؛ كبيع حاضر لباد ؛ بأن يَقدمَ غريب بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه ، فيقول بلدي : « اتركه عندي لأبيعه على التدريج) أي : شيئاً فشيئاً (بأغلىٰ ») وهـٰذا النهي متفق عليه[1] ، **والمعنىٰ في التحريم** : أن فيه تضييقاً على الناس .

و(البادي) : من سكن البادية ، وفي معناه : كلّ جالب من تركيٍّ وغيره .

ويشترط في التحريم : أن يكون عالماً بالنهي ، وهو عام في جميع المناهي .

واحترز بـ(ما تعم الحاجة إليه) : عما لا يحتاج إليه إلا نادراً ؛ فإنه لا يحرم ، **وبقوله** : (ليبيعه بسعر يومه) : عما لو قصد بيعه على التدريج فسأله الحضري تفويض ذلك إليه . . فإنه لا بأس به ، **وبقوله** : (على التدريج) عما لو سأله أن يبيع له على الفور ؛ فإنه لا يحرم .

(وتلقي الركبان ؛ بأن يتلقىٰ طائفةً يحملون متاعاً إلىٰ بلد ، فيشتريه قبل قدومهم ومعرفتهم بالسعر) لقوله عليه السلام : « لاَ تَلَقَّوُا ٱلْجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّىٰ فَٱشْتَرَىٰ مِنْهُ فَإِذَا

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٠) ، صحيح مسلم (١٥٢٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

أَتَىٰ سَيِّدُهُ ٱلسُّوقَ . . فَهُوَ بِٱلْخِيَارِ » رواه مسلم[1] .

وهل النظر هنا لمراعاة الركبان لاحتمال غبنهم ، أو لمراعاة أهل البلد خشية أن يحبسه المشتري فيضيق الحال عليهم ، أو خشية انقطاع القوافل عنهم ؟ فيه وجهان في « الكفاية » ، وجزم المصنف في « شرح مسلم » بالأول[2] ، ونقل الإسنوي تبعاً لـ « الكفاية » عن الجمهور الثاني ، لكن نقل الأَذْرَعي في « التوسط » عن الماوردي عن الجمهور الأول ، وقال : إنه علة النهي عند الشافعي ، وجرىٰ عليه الزركشي ، وقد راجعت « الحاوي » للماوردي ورأيت كلامه ظاهراً فيما نقله الأَذْرَعي ، ومحتملاً لما نقله الإسنوي[3] ، [وكلام المصنف قد يفهم أنه لو خرج لشغل آخر][4] ؛ من اصطياد ونحوه فرآهم فاشترىٰ منهم . . لا يحرم ، **والأصح** : خلافه .

(**ولهم الخيار إذا عرفوا الغَبْن**) للحديث المارّ[5] .

(**والسومِ علىٰ سوم غيره**) لما فيه من الإيذاء والعداوة ، **وصورته** : أن يأتي إلىٰ رجل قد أنعم لغيره في بيع سلعته بثمن فيزيده ليبيع منه ، أو يأتي إلى المشتري فيعرض عليه مثلها أو أجود منها بأنقص من ذلك الثمن .

---

(١) صحيح مسلم (١٥١٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٢٨١) ، شرح مسلم (١٠/ ١٦٣) .

(٣) عبارة الحاوي [٦/ ٤٢٨] : اختلف أصحابنا في المعنى الذي لأجله نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ومنع منه ؛ فقال جمهورهم : إن المعنىٰ فيه : أن قوماً بالمدينة كانوا يتلقون الركبان إذا وردت بالأمتعة فيخبرونهم برخص الأمتعة وكسادها ، ويبتاعونها منهم بتلك الأسعار ، فإذا ورد أرباب الأمتعة المدينة . . شاهدوا زيادة الأسعار وكذبَ من تلقاهم بالأخبار ، فيؤدي ذلك إلى انقطاع الركبان وعدولهم بالأمتعة إلىٰ غيرها من البلدان ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقيهم ؛ نظراً لهم ، ولما في ذلك من الخديعة المجانبة للدين ، كما نهىٰ أن يبيع حاضر لباد ؛ لتعم المصلحة بالفريقين بالنظر لهما .
وقال آخرون : بل المعنىٰ في النهي عن تلقيهم : أن من كان يبتاعها منهم . . يحملها إلىٰ منزله ويتربص بها زيادة السعر ، فلا يتسع علىٰ أهل المدينة ، ولا ينالون نفعاً من رخصها ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقي الركبان للبيع حتىٰ ترد أمتعتهم السوق فتجتمع فيه وترخص الأسعار بكثرتها ، فينال أهل المدينة نفعاً برخصها ، هـٰذا لفظه . اهـ هامش (أ) ، تنبيه : لقد اختفت بعض الكلمات من هامش الأصل عند التصوير ، فنقلنا النصّ من « الحاوي » المطبوع .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

(٥) (ص ٣٧) .

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَٰلِكَ بَعْدَ ٱسْتِقْرَارِ ٱلثَّمَنِ . وَٱلْبَيْعِ عَلَىٰ بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ ٱلْمُشْتَرِيَ بِٱلْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ . وَٱلشِّرَاءِ عَلَى ٱلشِّرَاءِ ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ ٱلْبَائِعَ بِٱلْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ . وَٱلنَّجْشِ ؛ بِأَنْ يَزِيدَ فِي ٱلثَّمَنِ لاَ لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ خِيَارَ . وَبَيْعِ ٱلرُّطَبِ وَٱلْعِنَبِ لِعَاصِرِ ٱلْخَمْرِ . . . .

(**وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن**) فلو كان يطاف به مثلاً علىٰ من يزيد . . فلا منع من الزيادة ، **وشرط الاستقرار** : أن يكون صريحاً ، فإن عرّض بإجابته . . كره الدخول في سومه ، ولا يحرم **على الأصح** .

(**والبيعِ علىٰ بيع غيره قبل لزومه**) وهو زمن الخيار (**بأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله**) بأقل من هٰذا الثمن ، وهٰذا النهي والذي قبله متفق عليه[1] ، **والمعنىٰ فيه** : ما ذكرناه من الإيذاء والعداوة .

(**والشراءِ على الشراء ؛ بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه**) لما ذكرناه في البيع على البيع .

(**والنجشِ ؛ بأن يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيرَه**) وهو متفق عليه أيضاً[2] .

ولو حذف (ليخدع غيره) . . لكان أولىٰ ؛ لأنه إذا زاد لينفع البائع . . لم يقصد أن يخدع غيره مع أنه من صور النجش ، ويصدق عليه أنه زاد لا لرغبة .

(**والأصح : أنه لا خيار**) للمشتري ؛ لتفريطه حيث لم يتأمل ولم يراجع أهل الخبرة ، **والثاني** : له الخيار ؛ للتدليس ؛ كالتصرية .

ومحل الخلاف : عند مواطأة البائع ، وإلا . . فلا خيار جزماً .

(**وبيعِ الرطب والعنب لعاصر الخمر**) لما فيه من التسبب إلى ارتكاب الحرام .

وقضية كلامه : تحريم ذلك ؛ لعطفه علىٰ أمور كلها محرمة ، وفيه تفصيل ؛ فإن لم يتحقق . . لم يحرم بل يكره ، وإن تحقق ـ أي : ظَنَّ ظنّاً غالباً ؛ كما قال في « المطلب » ـ . . حرم **على الأصح** في « زيادة الروضة » ، و« شرح المهذب » ، ويجري هٰذا في كلّ تصرف يفضي إلىٰ معصية ؛ كبيع المماليك المُرْد ممن عُرف

---

(١) صحيح البخاري (٢١٥٠) ، صحيح مسلم (١٥١٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٢) صحيح البخاري (٢١٤٠) ، صحيح مسلم (١٤١٣/٥٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَيَحْرُمُ ٱلتَّفْرِيقُ بَيْنَ ٱلأُمِّ وَٱلْوَلَدِ حَتَّىٰ يُمَيِّزَ ، وَفِي قَوْلٍ : حَتَّىٰ يَبْلُغَ ، وَإِذَا فُرِّقَ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ . . بَطَلاَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

بالفجور فيهم ؛ كما حكاه في « زيادة الروضة » عن الغزالي[1] .

(ويحرم التفريق بين الأم والولد) من الآدميين ؛ لحديث : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا . . فَرَّقَ ٱللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ »[2] ، سواء رضيت الأم بذلك أم لا ؛ رعاية لحقّ الولد .

نعم ؛ يجوز التفريق بالعتق والوصية **على الأصح** ، والأب وأم الأم عند عدمها كالأم **على الأصح** ، بخلاف سائر المحارم ؛ كالأخ والعم ؛ فإنه لا يحرم التفريق بينهم **على الأصح** .

نعم ؛ في الأجداد والجدات عند فقد الأب والأم ثلاثة أوجه حكاها الرافعي : **ثالثها** : جواز التفريق في الأجداد دون الجدات[3] ، والجدّ للأم ، قيل : كالأب ، **وقيل** : كالأخ ، قال السبكي : **والأقرب** : الأول .

(حتىٰ يميز) لأنه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة ، سواء حصل التمييز قبل سبع سنين أو بعدها .

وأحسن ما قيل في حدّ التمييز : أن يصير الطفل بحيث يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويستنجي وحده .

(وفي قول : حتىٰ يبلغ) لنقصان تمييزه قبل البلوغ .

(وإذا فرق ببيع أو هبة) ونحوهما ؛ كمقاسمة (. . بطلا في الأظهر) لعدم القدرة على التسليم شرعاً ، **والثاني** : لا ؛ لأن النهي لما فيه من الإضرار ، لا لخلل في نفس المبيع .

وإذا قلنا بالصحة . . فلا تُقرُّهما على التفريق ، بل إن رضي المتبايعان بضمِّ أحدهما

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤١٨) ، المجموع (٩/ ٣٣٥) .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٥) ، والترمذي (١٢٨٣) عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (١١/ ٤٢١) .

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْعَرَبُونِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ ٱلسِّلْعَةَ ، وَإِلاَّ . . فَهِبَةً .

فَصْلٌ

[في تفريق الصفقة]

بَاعَ خَلاًّ وَخَمْراً ، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرّاً ، أَوْ عَبْدَهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ مُشْتَرَكاً بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلآخَرِ . . صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

إلى الآخر . . استمر العقد ، وإلا . . فسخ ، كذا نقلاه في « السير » عن ابن كجٍّ والماوردي وأقراه[1] .

ومحل الخلاف : بعد سقيه اللِّبأ .

أما قبله . . فلا يصحّ جزماً .

وزاد الماوردي علىٰ سقي اللِّبأ وُجودَ مرضعة أخرىٰ تُتِمُّ رضاعه[2] .

(**ولا يصحّ بيع العربون ؛ بأن يشتري ويعطيه دراهمَ لتكون من الثمن إن رضي السلعةَ ، وإلا . . فهبة**) لأن فيه شرطين فاسدين : **أحدهما** : شرط الهبة ، **والثاني** : شرط الردّ[3] علىٰ تقدير ألاّ يرضىٰ .

* * *

(**فصل : باع خلاًّ وخمراً ، أو عبده وحرّاً ، أو عبده وعبد غيره**)[4] أي : أو باع عبده وعبد غيره (**أو مشتركاً بغير إذن الآخر**) وهو الشريك (. . **صحّ في ملكه في الأظهر**) لأنه باع شيئين مختلفي الحكم ، فيأخذ كلّ واحد منهما حكم نفسه ؛ كما لو باع ثوباً وشقصاً مشفوعاً . . فإن الشفعة تثبت في المشفوع دون الثوب .

والقول الثاني : البطلان ؛ لأن اللفظة الواحدة لا يتأتىٰ تبعيضها ، فغلب الحرام على الحلال .

---

(١) الشرح الكبير (١١/ ٤٢٠) ، روضة الطالبين (١٠/ ٢٥٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٨) .

(٣) أي : رد المبيع . اهـ هامش (أ) .

(٤) عبارة (ب) : (أو وعبد غيره) .

فَيَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي إِنْ جَهِلَ ، فَإِنْ أَجَازَ . . فَبِحِصَّتِهِ مِنَ ٱلْمُسَمَّىٰ بِٱعْتِبَارِ قِيمَتِهِمَا ، . . . .

وقيل : العلة فيه : أن المسمَّىٰ يتوزع عليهما باعتبار القيمة ، ونحن لا ندري حصة كلّ واحد منهما عند العقد ، فيكون الثمن مجهولاً ، قال الربيع : وهو آخر قولي الشافعي قال الإسنوي : **فهو المذهب**[١] .

وقوله : (بغير إذن الآخر) : يعود إلى المشترك ؛ فإنه إذا أذن له الشريك . . يصحّ جزماً ، ولا يصحّ عوده إليه وإلىٰ عبد الغير معاً ؛ لأنه إذا أذن له فباعه مع عبده .

فإن لم يفصل الثمن . . لم يصح **على الأصح في** « **شرح المهذب** » .

ونقله الرافعي في (كتاب الصداق) عن النصّ[٢] .

وإن فصل الثمن . . صحَّ جزماً ، لكن ليس مما نحن فيه ؛ لأن الكلام في الصفقة الواحدة ، وتلك صفقات .

(**فيتخير المشتري إن جهل**) لضرر التبعيض ، قال ابن الرفعة : وهو على الفور ؛ لأنه خيار نقص ، فإن كان عالماً . . فلا ؛ لتقصيره[٣] .

(**فإن أجاز . . فبحصته من المسمىٰ باعتبار قيمتهما**) لأنهما أوقعا الثمن في مقابلتهما جميعاً ، فلا يلزم المشتري في مقابلة أحدهما إلا قسطه .

فإذا كان المملوك يساوي مئة والآخر يساوي مئتين . . فالمجموع ثلاث مئة ، وحصة المملوك منها الثلث ، فيؤخذ ثلث المُسمَّىٰ في العقد .

فإذا اشتراهما بمئة وخمسين مثلاً . . أوجبنا خمسين ، وإن اشتراهما بست مئة . . أوجبنا مئتين .

وهل تعتبر قيمة الخمر عند من يرىٰ له قيمة ، أو يقدر خلاًّ ، أو عصيراً ؟ فيه اختلاف واضطراب نبه عليه في « المهمات »[٤] .

وتمثيل المصنف قد يُفهم أنه لو كان الذي لا يصحّ فيه العقد مما لا يقصد ؛ كالدم

---

(١) المهمات (٥/ ١٤٧) .

(٢) المجموع (٩/ ٣٦٣) ، الشرح الكبير (٨/ ٢٦٠) .

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٧٤ـ٧٦) .

(٤) المهمات (٥/ ١٥٦) .

وَفِي قَوْلٍ : بِجَمِيعِهِ ، وَلاَ خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ . . لَمْ يَنْفَسِخْ فِي ٱلآخَرِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . فَبِٱلْحِصَّةِ قَطْعاً . وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَي ٱلْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَوْ سَلَمٍ . . صَحَّا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيُوَزَّعُ ٱلْمُسَمَّىٰ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا ، . . . .

والحشرات أن الإجازة بالجميع قطعاً ، قال الإسنوي : ولم أجده مصرحاً به ، ويتأيد بكلامهم في الخلع والكتابة .

(**وفي قول : بجميعه**) لأن ذكر غير المملوك لاغ ، فيقع الثمن في مقابلة المملوك .

ومحل الخلاف : في غير الربويات ، أما الربويات . . فيتخير فيها بالقسط قطعاً ؛ لأن الفضل فيها حرام .

(**ولا خيار للبائع**) لأنه مفرط حيث باع ما لا يملكه ، وطمع في ثمنه .

(**ولو باع عبديه فتلف أحدهما قبل قبضه . . لم ينفسخ في الآخر على المذهب**) لانتفاء علتي البطلان ؛ أما الجمع بين الحلال والحرام . . فواضح .

وأما الجهالة . . فلأن الثمن كلّه قد ثبت في الابتداء ، وسقوط بعضه طارىء . . فلا يؤثر في الانفساخ ؛ كما لو خرج المبيع معيباً وتعذر الردّ لبعض الأسباب ، والثمن غير مقبوض . . فإن بعضه يسقط علىٰ سبيل الأرش ، ولا يلزم منه فساد الباقي .

والطريق الثاني : أنه يتخرج على القولين فيما لو باع ما يملكه وما لا يملكه ؛ تسويةً بين الفساد المقرون بالعقد ، والفساد الطارىء قبل القبض ، (**بل يتخير**) لفوات مقصوده .

(**فإن أجاز . . فبالحصة قطعاً**) لأن الثمن وجب في مقابلتهما في الابتداء ، فلا ينصرف إلىٰ أحدهما بالدوام .

(**ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم ؛ كإجارة وبيع أو سلم . . صحّا في الأظهر ، ويُوزَّع المسمّىٰ علىٰ قيمتهما**) قياساً علىٰ ما إذا باع ثوباً وشقصاً من دار . . فإنه يجوز وإن اختلفا في حكم الشفعة ، واحتجنا إلى التقويم بسببها ، **والثاني** : البطلان ؛ لأن

أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ ، وَفِي ٱلْبَيْعِ وَٱلصَّدَاقِ ٱلْقَوْلاَنِ . وَتَتَعَدَّدُ ٱلصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ ٱلثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا ، وَذَا بِكَذَا ، وَبِتَعَدُّدِ ٱلْبَائِعِ ، وَكَذَا بِتَعَدُّدِ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

اختلاف الأحكام يغلب على الظنّ وقوع الانفساخ في أحدهما ، وذلك يَجُرُّ جهلاً في العوض .

ومحل الخلاف : أن يكون العقدان لازمين كما مثل به ، فلو جمع بين بيع وجعالة . . لم يصحّ قطعاً ، كما ذكره الرافعي في (المسابقة)[1] .

وأورد علىٰ تعبيره : ما إذا باع شقصاً من دار وثوباً . . فإنه صحيح قطعاً مع اختلافهما في الحكم .

وأجيب : بأنه ليس المراد الاختلاف في مطلق الأحكام ، بل اختلاف الأحكام في الفسخ والتنفيذ ؛ فإن الإجارة شرطها التأقيت ، وهو مبطل للبيع ، وقبل انقضاء المدة يعرض الانفساخ ، بخلاف البيع ، وليس ذلك موجوداً في الثوب والشقص .

ومثال الإجارة والبيع : (أجرتك داري شهراً ، وبعتك عبدي هـٰذا بدينار) .

ومثال الإجارة والسلم : (أجرتك داري شهراً ، وبعتك صاع قمح في ذمتي سلماً بكذا) .

(**أو بيعٍ ونكاحٍ . . صحّ النكاح**) لأنه لا يفسد بفساد الصداق ، (**وفي البيع والصداق القولان**) وقد تقدما بتعليلهما .

وهـٰذه المسألة قد ذكرها المصنف في (كتاب الصداق) بأبسط مما ذكره هنا ، وسنتكلم عليها هناك إن شاء الله تعالىٰ .

(**وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن ؛ كبعتك ذا بكذا وذا بكذا ، وبتعدد البائع**) كبعناك هـٰذا بكذا .

(**وكذا بتعدد المشتري**) كبعتكما هـٰذا بكذا (**في الأظهر**) قياساً على البائع ، **والثاني** : لا ؛ لأن المشتري يبني على الإيجاب السابق .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ١٩٢) .

وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا . . فَٱلأَصَحُّ : ٱعْتِبَارُ ٱلْوَكِيلِ .

وإذا قلنا : بالتعدد فقبل أحدهما نصفه . . لم يصحّ **على الأصح** .

ومحل ذلك : **في** غير العرايا والشفعة .

أما فيهما . . فيتعدد بتعدد المشتري قطعاً ، وكذا بتعدد البائع **في الأظهر** ، عكس ما هنا .

(**ولو وَكَّلاه أو وَكَّلهما . . فالأصح** : **اعتبار الوكيل**) لأن أحكام العقد ؛ من اشتراط الرؤية وثبوت الخيار . . تتعلق به لا بالموكل ، **والثاني** : اعتبار الموكل ؛ لأن الملك له .

* * *

بَابُ الخِيَار

يَثْبُتُ خِيَارُ ٱلْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ ٱلْبَيْعِ : كَٱلصَّرْفِ وَٱلطَّعَامِ بِٱلطَّعَامِ وَٱلسَّلَمِ وَٱلتَّوْلِيَةِ وَٱلتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ ٱلْمُعَاوَضَةِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : ٱلْمِلْكُ فِي زَمَنِ ٱلْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ . . فَلَهُمَا ٱلْخِيَارُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْمُشْتَرِي . . تَخَيَّرَ ٱلْبَائِعُ دُونَهُ .

(باب الخيار)

(**يثبت خيار المجلس في أنواع البيع : كالصرف ، والطعام بالطعام ، والسلم ، والتولية ، والتشريك ، وصلح المعاوضة**) لحديث : « ٱلْبَيِّعَانِ بِٱلْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ : ٱخْتَرْ » متفق عليه[1] .

والمراد بالتفرق هو : التفرق من المكان ؛ ففي « البيهقي » من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « حَتَّىٰ يَتَفَرَّقَا مِنْ مَكَانِهِمَا »[2] .

ويستثنىٰ من قوله : (أنواع البيع) : بيع العبد من نفسه ؛ فإنه لا خيار **على الأصح** في « الشرح الصغير » ، و« شرح المهذب »[3] ، وكذا القسمة بالتراضي حيث لا ردّ وقلنا : هي بيع ، وكذا الحوالة إن جعلناها بيعاً .

واحترز بـ(المعاوضة) عن صلح الحَطيطة ؛ فإنه لا خيار فيه ؛ لأنه إن ورد علىٰ دين . . فإبراء ، أو علىٰ عين . . فهبة ، ولا خيار فيهما ، لكن يشمل الصلح على المنفعة ، والصلح عن دم العمد ، ولا خيار في الأول ؛ لأنه إجارة ، ولا في الثاني أيضاً ؛ كما صرح به القاضي الحسين .

(**ولو اشترىٰ من يعتق عليه ؛ فإن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف . . فلهما الخيار**) لوجود المقتضي بلا مانع (**وإن قلنا : للمشتري . . تخيّر البائع**) لما سبق ، (**دونه**) لأن مقتضىٰ ملكه له ألا يتمكن من إزالته ، وأن يترتب عليه العتق ، فلما تعذر الثاني . . بقي الأول .

---

(١) صحيح البخاري (٢١٠٩) ، صحيح مسلم (١٥٣١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) سنن البيهقي (٥/ ٢٧١) .

(٣) المجموع (٩/ ١٦٧) .

وَلاَ خِيَارَ فِي ٱلإِبْرَاءِ وَٱلنِّكَاحِ وَٱلْهِبَةِ بِلاَ ثَوَابٍ ، وَكَذَا ذَاتُ ٱلثَّوَابِ وَٱلشُّفْعَةُ وَٱلإِجَارَةُ وَٱلْمُسَاقَاةُ وَٱلصَّدَاقُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَنْقَطِعُ بِٱلتَّخَايُرِ ؛ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ ، فَلَوِ ٱخْتَارَ أَحَدُهُمَا . . سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلآخَرِ ، وَبِٱلتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا ، . . . .

(**ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب**) لانتفاء اسم البيع عنها ، (**وكذا ذات الثواب**) بعد قبض الموهوب ؛ لأنها لا تسمىٰ بيعاً ، والنصّ ورد في المتبايعين ، **والثاني** : يثبت فيها ؛ **لأن الأصح** : أنها بيع ؛ اعتباراً بالمعنىٰ .

(**والشفعةُ**) لأن المأخوذ منه لا خيار له ، وتخصيص خيار المجلس بأحد الجانبين بعيدٌ ، **والثاني** : يثبت فيها للشفيع ؛ لأن الأخذ بها ملحق بالمعاوضات ؛ بدليل الردّ بالعيب ، وهو ما صححه الرافعي في (باب الشفعة) ، لكن استدركه عليه في « الروضة » وصحح عدمه ، ولم يصححا هنا في « الشرحين » ، و« الروضة » شيئاً[1] .

(**والإجارةُ**) لأنها عقد غرر ؛ إذ هو عقد علىٰ معدوم ، والخيار غرر ، فلا يُضَمُّ غرر إلىٰ غرر ، **والثاني** : يثبت فيها ؛ لأنها معاوضة لازمة ، فأشبهت البيع .

(**والمساقاةُ**) كالإجارة حكماً وتعليلاً .

(**والصداقُ**) لأن المال تبع في النكاح لا مقصود ، ووجه الإثبات : أنه عقد مستقل (**في الأصح**) في المسائل الخمس كما ذكرناه .

(**وينقطع**) الخيار (**بالتخاير ؛ بأن يختارا لزومَه**) بأن يقولا : (تخايرنا) ، أو (اخترنا إمضاء العقد) ، (أو أجزناه) ، أو (ألزمناه) وما أشبه ذلك ، وكذا : (أبطلنا الخيار) ، أو (أفسدناه) **على الأصح في** « **شرح المهذب** »[2] ، (**فلو اختار أحدهما**) لزومه (. . **سقط حقُّه وبقي للآخر**) كخيار الشرط .

(**وبالتفرق ببدنهما**) للحديث المار[3] .

نعم ؛ لو حمل **أحدهما** مكرهاً . . لم يبطل خياره **على الأصح** ، وأما الماكث :

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٥٠٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٨٥) .

(٢) المجموع (٩/ ١٧٠) .

(٣) في (ص ٤٦) .

فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ . . دَامَ خِيَارُهُمَا ، وَيُعْتَبَرُ فِي ٱلتَّفَرُّقِ ٱلْعُرْفُ . وَلَوْ مَاتَ فِي ٱلْمَجْلِسِ أَوْ جُنَّ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱنْتِقَالُهُ إِلَى ٱلْوَارِثِ وَٱلْوَلِيِّ . وَلَوْ تَنَازَعَا فِي ٱلتَّفَرُّقِ أَوِ ٱلْفَسْخِ قَبْلَهُ . . صُدِّقَ ٱلنَّافِي .

فَصْلٌ

[في خيار الشرط وما يتبعه]

لَهُمَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا شَرْطُ ٱلْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ ٱلْبَيْعِ إِلاَّ أَنْ يُشْتَرَطَ ٱلْقَبْضُ فِي ٱلْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ . . . .

فيبطل خياره **على الأصح** إن لم يمنع من الخروج .

واحترز بـ(البدن) : عن الروح ، فلو مات أحدهما . . لم يبطل كما سيأتي .

(**فلو طال مكثهما ، أو قاما وتماشيا منازل . . دام خيارهما**) لعدم التفرق (**ويعتبر في التفرق العرفُ**) فما عدّه الناس تفرقاً . . لزم به ، وإلا . . فلا ؛ لأن ما ليس له حدٌّ في الشرع ولا في اللغة . . يرجع فيه إلى العرف .

(**ولو مات في المجلس أو جُنَّ . . فالأصح : انتقاله إلى الوارث والولي**) كخيار الشرط والعيب ، **والثاني** : يسقط ؛ لأن الموت أبلغ من مفارقة البدن .

والجنون : في معنى الموت ؛ بدليل إسقاط التكليف وحلول ما عليه من الديون ؛ كما ذكره في « الروضة » في (باب الفلس)[1] ، والإغماء : كالجنون .

(**ولو تنازعا في التفرق**) بأن جاءا معاً ، أو قال أحدهما : (تفرقنا) ، وأنكر الآخر وأراد الفسخ ، (**أو**) في (**الفسخ قبله**) بأن اتفقا على التفرق وقال أحدهما : (فسخت قبله)، وأنكر الآخر (**. . صدق النافي**) بيمينه ؛ لأن الأصل دوام الاجتماع وعدم الفسخ.

* * *

(**فصل : لهما أو لأحدهما شرط الخيار في أنواع البيع**)[2] بالإجماع ، ولا يشرع في غير البيع ؛ كالفسوخ ، والعتاق ، والإبراء ، والنكاح ، والإجارة .

(**إلا أن يُشترط القبض في المجلس كرِبوي وسلم**) فإنه لا يجوز شرطه فيه ؛ لأنه

---

(١) روضة الطالبين (٤/١٢٨ـ١٢٩) .

(٢) في (ب) : (لهما ولأحدهما شرط الخيار) .

وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ لاَ تَزِيدُ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَيَّامٍ ، وَتُحْسَبُ مِنَ ٱلْعَقْدِ ، وَقِيلَ : مِنَ ٱلتَّفَرُّقِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ ٱلْخِيَارُ لِلْبَائِعِ . . فَمِلْكُ ٱلْمَبِيعِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي . . فَلَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا . . فَمَوْقُوفٌ ، . . . .

إذا امتنع الأجل . . امتنع الخيار بطريق الأولىٰ .

وأورد على الحصر : المصراة ؛ فلا يجوز اشتراط خيار الثلاث فيها للبائع ؛ لأنه يمنع من الحلب ، وتركه يضرّ بالبهيمة ، وما لو اشترىٰ من يعتق عليه ؛ فإنه لا يجوز شرطه للمشتري وحده[1] ، وكذا الحوالة إذا جعلناها بيعاً ؛ فإنه لا خيار فيه .

(**وإنما يجوز في مدة معلومة**) دفعاً للغرر (**لا تزيد علىٰ ثلاثة أيام**) لاندفاع الحاجة بها غالباً ، فإن زاد عليها . . بطل العقد ، ولا يخرج علىٰ تفريق الصفقة ؛ لوجود الشرط الفاسد ، وهو مبطل للعقد .

ويشترط أيضاً : أن تكون المدة متصلة بالعقد ، فلو شرط الثلاث من الغد مثلاً أو فرقها . . لم يصحّ .

ويشترط : أن يكون المبيع لا يفسد في المدة ، فإن كان مما يتسارع إليه الفسادُ فيها . . بطل البيع **على الأصح** .

(**وتُحسب**) المدة (**من العقد**) لأنه ثبت بالشرط الموجود في العقد ، (**وقيل : من التفرق**) لأن الشارط إنما يقصد بالشرط إثباتَ ما لولا الشرط لم يثبت ، والخيار ثابت قبل التفرق بالمجلس ، فيكون المقصود ما بعده ، وهـٰذا ما نسبه الماوردي إلى الجمهور ، وقال الإمام : ميل النصّ إليه أكثر[2] .

(**والأظهر**) في خيار المجلس والشرط (**أنه إن كان الخيار للبائع . . فمِلْك المبيع له ، وإن كان للمشتري . . فله**) لأنه إذا كان الخيار لأحدهما . . كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل على الملك ، (**وإن كان لهما . . فموقوف**) لأنهما تساويا فتوقفنا .

---

(١) لأنه لو ثبت له الخيار وحده . . لكان الملك له ، وإذا ملكه . . عتق عليه ، وإذا عتق عليه . . لم يثبت الخيار ، فيلزم من ثبوته عدم ثبوته . اهـ هامش (أ) .

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٧٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (٥/ ٣٦) .

فَإِنْ تَمَّ ٱلْبَيْعُ . . بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ ٱلْعَقْدِ ، وَإِلاَّ . . فَلِلْبَائِعِ . وَيَحْصُلُ ٱلْفَسْخُ وَٱلإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا ؛ كَفَسَخْتُ ٱلْبَيْعَ ، وَرَفَعْتُهُ ، وَٱسْتَرْجَعْتُ ٱلْمَبِيعَ ، وَفِي ٱلإِجَازَةِ : أَجَزْتُهُ ، وَأَمْضَيْتُهُ . وَوَطْءُ ٱلْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ ، وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ هَـٰذِهِ ٱلتَّصَرُّفَاتِ مِنَ ٱلْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ ، . . . .

(**فإن تمّ البيع . . بان أنه للمشتري من حين العقد ، وإلا . . فللبائع**) ، **والثاني** : أن الملك للمشتري مطلقاً ؛ لتمام البيع بالصيغة ، **والثالث** : أنه للبائع مطلقاً ؛ استصحاباً لما كان ، وتظهر فائدة الخلاف في الأكساب وما في معناها .

(**ويحصل الفسخ والإجازة بلفظ يدل عليهما ؛ كـ« فسخت البيع » ، و« رفعته »** ، و« **استرجعت المبيع** » ، **وفي الإجازة** : « **أجزته** » ، و« **أمضيته** ») وكذا : (رددت الثمن) ونحو ذلك .

(**ووطءُ البائع وإعتاقه فسخ**) حيث كان الخيار له أو لهما ؛ لإشعار الأول باختيار الإمساك ، وتضمن الثاني الفسخ ، وهـٰذا في وطء المتحقق أنوثتها ، فلو أولج في قبل مشكل . . فلا يكون فسخاً ولا إجازة ، فإن اختار الأنوثةَ بعده . . تعلق بالوطء السابق الحكم ، قاله في « شرح المهذب » في (باب الأحداث)[1] .

وخرج بـ(**الوطء**) : مقدماته ؛ كالقبلة واللمس بشهوة ؛ فلا يلتحق به **على الأصح في** « **أصل الروضة** »[2] .

(**وكذا بيعه وإجارته وتزويجه في الأصح**) لدلالتها علىٰ ظهور الندم ، **والثاني** : لا ؛ لأن الأصل بقاء العقد ، فيستصحب إلىٰ أن يوجد **الفسخ** صريحاً .

(**والأصح : أن هـٰذه التصرفات**) أي : الوطء وما بعده (**من المشتري إجازة**) لأن وطء البائع اختيارٌ للمبيع ، فكذا وطء المشتري ، **والثاني** : لا ؛ لأن الفسخ بالعيب لا يمنعه الوطء ، فكذا هنا .

ومحل **الخلاف** في العتق والوطء إذا لم يأذن فيهما البائع ، فإن أذن . . كان إجازة منهما جزماً ، وكذا الإذن في البيع وما بعده .

---

(١) المجموع (٢/ ٦٤) .
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٤٥٧) .

وَأَنَّ ٱلْعَرْضَ عَلَى ٱلْبَيْعِ وَٱلتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخاً مِنَ ٱلْبَائِعِ ، وَلاَ إِجَازَةً مِنَ ٱلْمُشْتَرِي .

فَصْلٌ
[في خيار النقيصة]

لِلْمُشْتَرِي ٱلْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ ؛ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ ، وَزِنَاهُ ، وَسَرِقَتِهِ ، وَإِبَاقِهِ ، وَبَوْلِهِ بِٱلْفِرَاشِ ، وَبَخَرِهِ ، وَصُنَانِهِ ، وَجِمَاحِ ٱلدَّابَّةِ وَعَضِّهَا ، وَكُلِّ مَا يَنْقُصُ ٱلْعَيْنَ أَوِ ٱلْقِيمَةَ

(**وأن العَرْض على البيع والتوكيلَ فيه ليس فسخاً من البائع ، ولا إجازةً من المشتري**) لأنهما لا يقتضيان إزالةَ الملك ، **والثاني** : نعم ؛ كالرجوع عن الوصية .

* * *

(**فصل : للمشتري الخيار بظهور عيب قديم**) بالإجماع ، **والمراد بقدمه** : وجوده عند العقد ، أو حدوثه قبل القبض (**كخصاء رقيق**) لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي ، والجبُّ كالخصاء .

وأفهم : أن الخصاء ليس بعيب في البهائم ، وصرح الجرجاني وغيره بأنه عيب فيها ؛ ولذلك أطلق في « الروضة » أن الخصاء عيب ، ولم يقيده بالرقيق[1] .

(**وزناه وسرقته وإباقه**) سواء أكان ذكراً أم أنثىٰ ، أقيم عليه الحدّ أم لا ، صغيراً أم كبيراً ؛ لأنه قد يعتاده صغيراً فيفعله كبيراً .

(**وبوله بالفراش**) إن كان كبيراً ، وهو ابن سبع سنين ؛ كما في « التهذيب » ، وأقرّاه[2] ، وضبط القاضي أبو الطيب وغيره الكبير : بأن يكون مثله يحترز عنه ، **والأصح** : اعتبار مصير ذلك عادة له .

(**وَبَخَره**) الناشىء من تغير المعدة دون ما يكون من قَلَح الأسنان ؛ فإن ذلك يزول بتنظيف الفم ، (**وصُنانه**) المستحكم دون ما يكون لعارضٍ عرقٍ أو حركة ونحو ذلك .

(**وجِماح الدابة**) وهو امتناع ركوبها ، (**وعضها ، وكلِّ ما ينقص العين أو القيمةَ**

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٦١) .
(٢) التهذيب (٣/ ٤٤٥) ، الشرح الكبير (٤/ ٢١٢) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٦٢) .

نَقْصاً يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ ٱلْمَبِيعِ عَدَمُهُ ، سَوَاءٌ قَارَنَ ٱلْعَقْدَ أَمْ حَدَثَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ ، وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ . . فَلاَ خِيَارَ إِلاَّ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَىٰ سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ ، كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ ٱلرَّدُّ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه) هـٰذا ضابط يكتفىٰ به عن تفصيل العيوب ؛ فإنه لا مطمع في استيفائها ، وهو للإمام[1] .

والتقييد بفوات غرض صحيح يتعلق بنقص العين خاصة ، **واحترز به** : عن قطع جزء يسير من الفخذ إذا اندمل بلا شَيْن ، وعن الختان بعد الاندمال ؛ فإنه فضيلة لا عيب .

ودخل في نقصان العين الخصاءُ ، وقطع الأَنْمُلة .

وخرج بقوله : (إذا غلب في جنس المبيع عدمه) : الثيوبة في الأمة الكبيرة ؛ وكذا قلع الأسنان في الكبير ؛ فإنه لا يردّ به بلا خلاف ، قال في « المطلب » : وكذا لا ردّ ببياض الشعر في الكبير ، قال في « الاستقصاء » : وكذا بقطع الأنف ؛ لأنه لا يخفىٰ . انتهىٰ ، **وفيه نظر** ؛ لجواز أن يخفىٰ تأمُّله لدهشةٍ[2] .

(**سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض**) لأن المبيع والحالة هـٰذه من ضمان البائع ، فكذا جزؤه وصفته .

(**ولو حدث بعده**) أي : بعد القبض (. . **فلا خيار**) لأنه بالقبض صار من ضمانه ، فكذا جزؤه وصفته .

(**إلا أن يستند إلىٰ سبب متقدم**) على القبض أو العقد (**كقطعه بجناية سابقة فيثبت الردّ في الأصحّ**) إذا كان جاهلاً بالسبب ، ويكون من ضمان البائع ؛ إحالةً للهلاك على السبب ، فإن كان عالماً به . . فلا ردّ ولا أرش ؛ لدخوله في العقد علىٰ بصيرة ، **والثاني** : لا يثبت ؛ لأنه قد يسلط على التصرف بالقبض ، فيدخل المبيع في ضمانه أيضاً ، فعلىٰ هـٰذا : يرجعُ بالأرش ، وهو : ما بين قيمته مستحقَّ القطع وغيرَ مستحقه .

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٢٨) .

(٢) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ . . ضَمِنَهُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ ٱلْعُيُوبِ . . فَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِٱلْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ ، . . . .

وقوله : (بجناية) : دخل فيه السرقة ، وقطع يد الغير عدواناً ، وفي معنى القطع : زوال البكارة بزواج متقدم ، واستيفاء الحدّ بسياط ، وكان ينبغي أن يقول : **على الأظهر** ؛ فإن الأول نصُّه في « الأم » ، والثاني نصُّه في « الإملاء » .

(**بخلاف موته بمرض سابق في الأصحّ**) لأن المرض يتزايد ، فيحصل الموت فيه بتلك الزيادة ، بخلاف قتله بالردة السابقة ؛ فإنها خصلة واحدة وجدت في يد البائع ، **وقيل** : فيه الخلاف في الصورة الآتية ؛ لأن كلاً منهما موت بسبب سابق ، **والأصح** : القطع بالأول ، والفرق : ما ذكرناه .

وكلامه يوهم : أن الخلاف في هـٰذه الصورة في الردّ ، وليس كذلك ؛ فإنه قد تَعذَّر ، وإنما الخلاف في أن المبيع من ضمان البائع حتىٰ ينفسخ أم لا ، **فعلى الأول** : يرجع بالأرش ، وهو : ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً إن جهل ، وإلا . . فلا شيء له ، **وعلى الثاني** : ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن كلِّه .

(**ولو قُتل بردة سابقة . . ضمنه البائعُ في الأصحّ**) هـٰذا الخلاف هو الخلاف المارُّ في قطعه بجناية سابقة ، وقد مرَّ توجيهه ، لكن الحكم بكونه من ضمان البائع هناك موجب للردِّ بالعيب ، وهنا لانفساخ البيع ، والرجوع بالثمن إن لم يعلم بالردة ؛ فإن علم . . لم يرجع بشيء **على المذهب** .

ولا يخفىٰ أن الكلام فيما بعد القبض ، فإن كان قبله . . انفسخ قطعاً ، **وقضية كلامه** : صحة بيع المرتد ، **وهو الأصح** .

(**ولو باع بشرط براءته من العيوب . . فالأظهر : أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه دون غيره**) لأثر عثمان رضي الله عنه في ذلك[1] ، ولأن الحيوان يأكل في حالتي

---

(١) وهو ما في « الموطأ » (٢/ ٦١٣) أن ابن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً له بثمان مئة درهم ، وباعه بالبراءة ، فقال المبتاع لابن عمر : بالعبد داء لم تسمه لي ، فاختصما إلىٰ عثمان ، فقال الرجل : باعني العبد وبه داء لم يسمه لي ، فقال ابن عمر : بعته بالبراءة ، فقضىٰ عثمان رضي الله عنه على ابن عمر أن =

وَلَهُ مَعَ هَـٰذَا ٱلشَّرْطِ ٱلرَّدُّ بِعَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ ، وَلَوْ شَرَطَ ٱلْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ هَلَكَ ٱلْمَبِيعُ عِنْدَ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ ٱلْعَيْبَ . . رَجَعَ بِٱلأَرْشِ ، . . . .

صحته وسقمه ، وتتبدل أحواله سريعاً ، وقلَّ أن ينفك عن عيب خفي ، فيحتاج البائع إلىٰ هـٰذا الشرط ؛ ليثق فيه بلزوم البيع بخلاف غيره .

والفرق بين المعلوم وغيره : أن كتمان المعلوم تدليس فلا يبرأ منه ، والفرق بين الظاهر والباطن : تسهيل الاطلاع عليه ويعلم غالباً ، فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفي علىٰ ندور .

فقوله : (دون غيره) راجع إلى الثلاثة المذكورة ، فلا يبرأ عن عيب ظاهر وإن كان في حيوان ، ولا عن عيب باطن بالحيوان علمه ، ولا عن العيب في غير الحيوان ؛ كالعقار مطلقاً .

والقول الثاني : يبرأ مطلقاً عملاً بالشرط ، **والثالث** : لا يبرأ مطلقاً ؛ لأن الردَّ ثابت بالشرع فلا ينتفي بالشرط ؛ كسائر مقتضيات العقد .

(**وله مع هـٰذا الشرط الردُّ بعيب حدث قبل القبض**) عند إطلاق الشرط ؛ لانصرافه إلى الموجود عند العقد .

(**ولو شرط البراءةَ عمّا يحدث . . لم يصحّ في الأصحّ**) لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه عن ثمن ما يبيعه له ، **والثاني** : يصحّ بطريق التبع ، فإن أفرد الحادث . . فهو أولىٰ بالبطلان ؛ كما في « الروضة » ، و« أصلها »[(١)] .

(**ولو هلك المبيع عند المشتري**) بآفة سماوية أو غيرها (**أو أعتقه**) أو وقفه أو استولد الأمة (**ثم علم العيب . . رجع بالأرش**)[(٢)] لتعذر الردِّ ؛ إذ لا مردود ، ولا يمكن إسقاط حقِّ المشتري ، فرجعنا إلى الأرش .

= يحلف : لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمس مئة درهم . اهـ هامش (أ) .

(١) روضة الطالبين (٣/ ٤٧٣) ، الشرح الكبير (٤/ ٢٤٤) .

(٢) في (ب) و(د) : (ثم علم بالعيب) .

وَهُوَ : جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ ٱلْعَيْبُ مِنَ ٱلْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيماً ، وَٱلأَصَحُّ : ٱعْتِبَارُ أَقَلِّ قِيَمِهِ مِنْ يَوْمِ ٱلْبَيْعِ إِلَى ٱلْقَبْضِ . . . .

ويستثنىٰ من الرجوع بالأرش مسألتان : **الأولىٰ** : ما لو كان التالف رِبَوياً قد بيع بمثله من جنسه . . فإنه لا يأخذ الأرش بل يفسخ العقد ، ويستردُّ الثمن ، ويغرم بدل التالف **على الأصح عند العراقيين** ، ورجحه السبكي ، وحكى الشيخان في المسألة وجهين بلا ترجيح : **أحدهما** : هٰذا ، **والثاني** : يأخذ الأرش ؛ لأن المماثلة إنما تشترط في ابتداء العقد ، والأرش حقٌّ وجب بعد ذلك[1] .

الثانية : لو كان العبد المعتق كافراً . . قال الإسنوي : فلا يرجع بالأرش ؛ لأنه لم ييأس من الردِّ ، فإنه قد يلتحق بدار الحرب فيسترق ، فيعود إلىٰ ملكه .

(**وهو**) أي : الأرش (**جزء من ثمنه**) أي : من ثمن المبيع (**نسبتُه إليه**) أي : نسبة ذلك الجزء إلى الثمن (**نسبةُ ما نقَص العيبُ**) أي : مثل نسبة الذي نقصه العيب (**من القيمة لو كان سليماً**) أي : المبيع إلىٰ تمام قيمة السليم ؛ كما ذكره في « المحرر »[2] ؛ مثاله : كانت القيمة مئة دون العيب ، وتسعين معه ، فالتفاوت العشر ، فيكون الرجوع بعشر الثمن ، فإن كان الثمن مئتين . . كان الأرش عشرين ، وإن كان خمسين . . كان خمسة .

(**والأصح : اعتبار أقلِّ قيمه من يوم البيع إلى القبض**) لأن القيمة إن كانت يوم البيع أقلَّ . . فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، وإن كانت يوم القبض أقلَّ . . فما نقص كان من ضمان البائع ، **والثاني** : تعتبر قيمة يوم العقد ؛ لأن الثمن قد قابل المبيع يومئذ ، **والثالث** : يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه .

وقضية كلامه : اعتبار النقص الحاصل بين العقد والقبض ، وقد صرح به في « الدقائق » ، وبأنه غَيَّرَ عبارة « المحرر » لأجل ذلك[3] .

واعترض : بأن هٰذا ليس وجهاً محكيّاً في أصوله المبسوطة فضلاً عن اختياره ،

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٢٤٥ـ٢٤٦) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٧٤ـ٤٧٥) .

(٢) المحرر (ص١٤٥) .

(٣) دقائق المنهاج (ص٦٠) .

وَلَوْ تَلِفَ ٱلثَّمَنُ دُونَ ٱلْمَبِيعِ . . رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ ٱلثَّمَنِ أَوْ قِيمَتَهُ . وَلَوْ عَلِمَ ٱلْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَىٰ غَيْرِهِ . . فَلاَ أَرْشَ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ عَادَ ٱلْمِلْكُ . . فَلَهُ ٱلرَّدُّ ، وَقِيلَ : إِنْ عَادَ بِغَيْرِ ٱلرَّدِّ بِعَيْبٍ . . فَلاَ رَدَّ . وَٱلرَّدُّ عَلَى ٱلْفَوْرِ ، . . . .

وبأن النقصان الحاصلَ قبل القبض إذا زال قبل القبض . . لا يثبت للمشتري الخيار ، فكيف يكون مضموناً على البائع ؟!

(ولو تلف الثمن دون المبيع) واطلع علىٰ عيب بالمبيع (. . ردَّه) لوجوده خالياً عن الموانع (وأخذ مثلَ الثمن) إن كان مثلياً (أو قيمتَه) إن كان متقوماً ؛ لأنه لو كان باقياً . . لاستحقه ، فإذا تلف . . ضمنه بذلك قياساً علىٰ غيره ، وخروجه عن ملكه بالبيع وغيره كتلفه .

(ولو علم العيبَ بعد زوال ملكه إلىٰ غيره . . فلا أرشَ في الأصحّ) لأنه لم ييأس من الردِّ ، فربما عاد إليه فردَّه ، وقيل : لأنه استدرك الظُّلامة وروَّج كما رُوِّج عليه ، وخَرَّجوا على التعليلين زواله بلا عوض ؛ **فعلى الأصح** : لا أرش ، **وعلى الثاني** : يجب ، **والثاني** : يرجع ؛ لتعذر الردِّ الآن فأشبه الموت .

وكان ينبغي التعبير بالمشهور ؛ لأن المُرجَّح منصوص ، ومقابله مُخرَّج .

(فإن عاد الملك . . فله الردّ) لإمكانه ، (وقيل : إن عاد بغير الردّ بعيب) كأن عاد بإرث أو هبة ونحوهما (. . فلا ردّ) بناء على التعليل باستدراك الظُّلامة ، **والأصح** : الردُّ ؛ بناء على التعليل بعدم اليأس من الردِّ ، **وهو الأصح** . هٰذا إذا كان الزوال بعوض ، فإن زال بلا عوض ثم عاد . . ردّ قطعاً ، كذا قاله الأكثرون ، وأجرى الإمام والغزالي الخلاف سواء أكان الزوال والعود أو أحدهما بعوض أم لا ؛ كما أطلقه في « الكتاب »[1] .

(والردّ على الفور) لأن الأصل في البيع اللزوم ، فإذا أمكنه الردُّ وقصر . . لزمه حكمه ، وهٰذا في العقد على الأعيان .

أما الواجب في الذمة ببيع أو سلم إذا قبضه فوجده معيباً . . فلا يُعتبر الفور إن قلنا : لا يملكه إلا بالرضا ؛ إذ الملك موقوف عليه ، وكذا إن قلنا : يملكه بالقبض **على**

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٣٣) ، الوسيط (٣/ ١٣٠) .

فَلْيُبَادِرْ عَلَى ٱلْعَادَةِ . فَلَوْ عَلِمَهُ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ . . فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّىٰ يَفْرُغَ ، أَوْ لَيْلاً . . فَحَتَّىٰ يُصْبِحَ . فَإِنْ كَانَ ٱلْبَائِعُ بِٱلْبَلَدِ . . رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ عَلَىٰ وَكِيلِهِ ، . . . .

الأوجه ؛ كما قاله الإمام ، وأقراه عليه في (باب الكتابة)[1] ؛ لأنه ليس معقوداً عليه ، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي ردّه إلىٰ رفع العقد .

ويستثنىٰ من اشتراط الفور مسائل : **منها** : قريب العهد بالإسلام ، ومن نشأ ببادية بعيدةٍ عن العلماء إذا ادعى الجهل بأن له الردّ . . فإنه يقبل منه ، ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير . . قال الرافعي : قبل قوله ؛ لأنه يخفىٰ على العوام ، وقال في « الروضة » : إنما يقبل هنا وفي الشفعة ممن يخفىٰ علىٰ[2] مثله ، **ومنها** : لو اطلع المشتري علىٰ عيب بالشقص قبل أخذ الشفيع فأمسك عن ردِّه انتظاراً ؛ فإن كان الشفيع غائباً . . بطل حقه بالانتظار ، وإن كان حاضراً . . فلا ، **ومنها** : الآبق إنما يردُّ بعد عوده ، ولا أرش في الحال **في الأصح** ، ولا يسقط ردُّه بالتأخير ولو صرح بإسقاطه **على الأصح** ، **ومنها** : ما إذا اشترىٰ مالاً زكويّاً ووجد به عيباً قديماً ، وقد مضىٰ حول من الشراء . . فليس له الردُّ بذلك حتىٰ يخرج الزكاة ، ولا يبطل حقُّ الردِّ بالتأخير ؛ لأنه غير متمكن قبله ، [ذكره الرافعي في (باب الزكاة)][3] .

(**فليبادر على العادة**) من غير عَدْو ولا ركض .

(**فلو علمه وهو يصلي**) ولو نفلاً (**أو يأكل**) أو يقضي حاجة (. . **فله تأخيره حتىٰ يفرغ**) لأنه لا يعدُّ مقصراً ، وكذا لو علم بالعيب وقد دخل وقت هـٰذه الأمور فاشتغل بفعلها .

(**أو ليلاً . . فحتىٰ يصبح**) لعدم التقصير أيضاً .

(**فإن كان البائع بالبلد . . رده عليه بنفسه أو وكيله**) إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير (**أو علىٰ وكيله**) لأنه قائم مقامه .

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٣٩٤_٣٩٥) ، الشرح الكبير (١٣/ ٤٩٦) ، روضة الطالبين (١٢/ ٢٤٥) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٢٥٣) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٨٠) .
(٣) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) ، وانظر « الشرح الكبير » (٣/ ٥٣١) .

وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ ٱلْأَمْرَ إِلَى ٱلْحَاكِمِ. . فَهُوَ آكَدُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِباً . . رَفَعَ إِلَى ٱلْحَاكِمِ . وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ٱلْإِشْهَادُ عَلَى ٱلْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّىٰ يُنْهِيَهُ إِلَى ٱلْبَائِعِ أَوِ ٱلْحَاكِمِ ، .

(**ولو تركه ورفع الأمر إلى الحاكم . . فهو آكد**) لأن المالك ربما أحوجه في آخر الأمر إلى المرافعة إليه ، فيكون الإتيان به أولاً فاصلاً للأمر جزماً .

وقضية كلامه تبعاً للرافعي : أنه لا فرق في التخيير المذكور بين أن يكون الاطلاع بحضرة أحدهم أم في غيبة الكلِّ[1] .

وقال في « المطلب » : قال المعظم : إذا علم بحضرة أحدهم . . فالتأخير لغيره تقصير ، **وقضيته** : أنه لو مرَّ عليه وجاوزه إلىٰ غيره . . كان تقصيراً ، وهو ظاهر ، وإذا جاء إلى الحاكم . . لا يدعي ؛ لأن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد[2] ، وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه .

(**وإن كان غائباً**) عن البلد (. . **رفع إلى الحاكم**) ولا يؤخر لقدومه ، وظاهر إطلاقه يشمل الغيبة القريبة وغيرها ، وتوقف فيه في « المطلب » ثم مال إليه ؛ لما فيه من الحرج ، وهو ظاهر بالنسبة إلى الفسخ عنده ، أما القضاء به وفصل الأمر وبيع ماله . . فلا بدّ فيه من شروط القضاء على الغائب فيما يظهر . قاله الأَذْرَعي .

(**والأصحّ : أنه يلزمه الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتىٰ ينهيه إلى البائع أو الحاكم**) لأنه المقدور عليه، **والثاني** : لا ؛ لأنه إذا كان طالباً للبائع أو للحاكم . . لا يعدُّ مقصراً.

والمراد : إشهاد اثنين ؛ كما ذكره القاضي والغزالي ، قال ابن الرفعة : **وهو احتياط** ؛ لأن الواحد مع اليمين كاف .

وقضية كلام المصنف تبعاً للرافعي : بقاءُ وجوب الذهاب بعد الإشهاد[3] ، وقال السبكي : إذا أشهد علىٰ نفس الفسخ . . ينبغي أن ينفذ الفسخ ، ولا يحتاج بعده إلىٰ إتيان البائع أو الحاكم إلا للتسليم وفصل الخصومة ؛ فإن الفسخ عندنا بالعيب لا يتوقف على الحاكم ولا البائع ، وبسط ذلك .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٢٥١ـ ٢٥٢) .

(٢) في (د) : (لا يدعي أن غريمه غائب عن المجلس) .

(٣) الشرح الكبير (٤/ ٢٥١) .

فَإِنْ عَجزَ عَنِ ٱلإِشْهَادِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ٱلتَّلَفُّظُ بِٱلْفَسْخِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ ٱلِاسْتِعْمَالِ ، فَلَوِ ٱسْتَخْدَمَ ٱلْعَبْدَ أَوْ تَرَكَ عَلَى ٱلدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا . . بَطَلَ حَقُّهُ ، وَيُعْذَرُ فِي رُكُوبِ جَمُوحٍ يَعْسُرُ سَوْقُهَا وَقَوْدُهَا . وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ . . فَلاَ أَرْشَ . وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ . . سَقَطَ ٱلرَّدُّ قَهْراً ، ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ ٱلْبَائِعُ . . رَدَّهُ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ قَنِعَ بِهِ ، . . . .

(**فإن عجز عن الإشهاد . . لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصحّ**) لأن الكلام الذي يقصد به إعلام الغير ما في النفس . . يبعد إيجابه من غير سامع ، **والثاني** : يلزمه ؛ ليبادر بحسب الإمكان .

(**ويشترط ترك الاستعمال ؛ فلو استخدم العبد أو ترك على الدابة سَرْجَها أو إكافَها**) أي : البَرْذَعَة في سيره إلى الردِّ ، أو في المدة التي يغتفر التأخير لها (. . **بطل حقه**) إن لم يحصل بنزعه ضررٌ للدابة ؛ لإشعاره بالرضا .

وقضيته : أنه لو خدمه وهو ساكت . . لم يؤثر ؛ لأن الاستعمال طلب العمل ، **وهو متجه** ، **لكن قضيته أيضاً** : أن مجرد الطلب يؤثر سواء وجد العمل أم لا .

قال الإسنوي : **وفيه نظر**(١) .

قال والدي : **وفي النظر نظر** ؛ لدلالة الطلب على الرضا ، سواء عمل أو لم يعمل .

(**ويُعذر في ركوب جَموح يعسر سوقها وقودها**) للحاجة ، فلو لم تكن جموحاً . . لم يعذر ؛ كما لو لبس الثوب للردِّ .

(**وإذا سقط رده بتقصير . . فلا أرش**) لأنه المفوت بتقصيره .

(**ولو حدث عنده عيب**) بجناية أو آفة (. . **سقط الردّ قهراً**) لما فيه من الإضرار بالبائع ؛ لأنه أخذه بعيب ، فلا يرده بعيبين .

نعم ؛ لو علم العيب القديم بعد زوال الحادث . . ردّه **على الصحيح** .

ونسيان القرآن والحرفة بمثابة العيب ؛ لنقصان القيمة .

(**ثم إن رضي به البائع**) بلا أرش عن الحادث (. . **ردّه المشتري** ، **أو قنع به**) بلا أرش عن القديم ؛ لأن المانع من الردِّ ـ وهو ضرر البائع ـ قد زال برضاه ، فصار كما لو

---

(١) المهمات (٥/ ٢٠٠) .

وَإِلاَّ . . فَلْيَضُمَّ ٱلْمُشْتَرِي أَرْشَ ٱلْحَادِثِ إِلَى ٱلْمَبِيعِ وَيَرُدَّ ، أَو يَغْرَمُ ٱلْبَائِعُ أَرْشَ ٱلْقَدِيمِ وَلاَ يَرُدُّ ، فَإِنِ ٱتَّفَقَا عَلَىٰ أَحَدِهِمَا . . فَذَاكَ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ ٱلإِمْسَاكَ . وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ ٱلْمُشْتَرِي ٱلْبَائِعَ عَلَى ٱلْفَوْرِ بِٱلْحَادِثِ لِيَخْتَارَ ، فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلاَمَهُ بِلاَ عُذْرٍ . . فَلاَ رَدَّ وَلاَ أَرْشَ . وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لاَ يُعْرَفُ ٱلْقَدِيمُ إِلاَّ بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ وَرَانِجٍ ،

لم يحدث به عيب ، (وإلا) أي : وإن لم يرض به البائع (. . **فليضم المشتري أرشَ الحادث إلى المبيع ويردّ ، أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد**) لأن كلاًّ من المسلكين فيه جمعٌ بين المصلحتين ورعاية الجانبين .

(**فإن اتفقا علىٰ أحدهما . . فذاك**) لأن الحقَّ لهما ، (**وإلا**) أي : وإن تنازعا فدعا أحدهما إلى الردِّ مع أرش الحادث ، والآخر إلى الإمساك ، وغرامة أرش القديم (. . **فالأصحّ : إجابة من طلب الإمساك**) والرجوع بأرش العيب سواء أكان هو البائع أم المشتري ؛ لما فيه من تقرير العقد ، **والثاني** : يجاب البائع ؛ لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه ، **والثالث** : يجاب المشتري ؛ لأن البائع قد دلس عليه .

واستثني : ما إذا اطلع علىٰ عيب بالثوب بعد صبغه وزادت القيمة بالصبغ ، واختلفا ؛ فأراد المشتري أرش العيب القديم وإبقاء العقد ، وقال البائع : (رُدَّ الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ) . . فإن المجاب البائع **على الأصح** ؛ لأن المشتري هنا إذا أخذ الثمن وردَّ قيمة الصبغ . . لم يغرم شيئاً ، وفي غيرها لو ألزمناه الردَّ وأرش الحادث . . غرَّمناه لا في مقابلة شيء .

وفي استثناء هـٰذه الصورة نظر ؛ لأن الصبغ ليس بعيب ؛ لأن قيمته قد زادت ولا نقص في عينه .

(**ويجب أن يُعلِم المشتري البائعَ على الفور بالحادث ليختار**) هل يقبله بلا أرش أم لا ؟ ، (**فإن أخر إعلامه بلا عذر . . فلا ردّ ولا أرش**) كما لو أخر المشتري الردَّ حيث لا حادث .

نعم ؛ لو كان الحادث قريب الزوال غالباً ؛ كالرمد والحمّىٰ . . ففي اشتراط الفور قولان بلا ترجيح ، **وقضية إطلاق المصنف** : اشتراطه .

(**ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ؛ ككسر بيض ورانج**) وهو الجوز الهندي

وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ . . رَدَّ وَلاَ أَرْشَ عَلَيْهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ ٱلْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ . . فَكَسَائِرِ ٱلْعُيُوبِ ٱلْحَادِثَةِ .

فَرْعٌ

[في عدم تفريق الصفقة بالعيب]

ٱشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً . . رَدَّهُمَا ، وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا . . رَدَّهُمَا لاَ ٱلْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ عَبْدَ رَجُلَيْنِ مَعِيباً . . فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ،

(**وتقوير بطيخ مُدوِّد . . رد ولا أرش عليه في الأظهر**) لأن البائع قد سلطه علىٰ كسره ؛ إذ لا يعلم عيبه إلا به ، فهو معذور في تعاطيه ، **والثاني** : يرد ويرد معه الأرش ؛ رعايةً للجانبين ، **والثالث** : لا يرد أصلاً ؛ كسائر العيوب الحادثة .

والمراد بالبيض : بيض النعام ، **وبالبطيخ** : المدود بعضه حتىٰ تكون لهما قيمة بعد الكسر فيصح إيجاب الأرش ، فأما بيض الدجاج ونحوه المذرُ والبطيخ المدود جميعه . . فيبطل العقد فيهما ، ويرجع بجميع الثمن **على النصِّ** ؛ لوروده علىٰ غير متقوم .

(**فإن أمكن معرفةُ القديم بأقل ممّا أحدثه . . فكسائر العيوب الحادثة**) لعدم الحاجة إليه ، وذلك كتقوير البطيخ الحامض مع إمكان الوقوف علىٰ حاله بغرز شيء فيه .

* * *

(**فرع : اشترىٰ عبدين معيبين صفقة . . ردهما**) لوجود المقتضي لردهما ، فلو أراد إفراد أحدهما بالردِّ . . ففيه القولان الآتيان في المسألة إثرها .

(**ولو ظهر عيب أحدهما . . ردهما لا المعيبَ وحده في الأظهر**) لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة ، **والثاني** : له ذلك ؛ لاختصاصه بالعيب .

والخلاف جار في كلِّ شيئين لا تتصل منفعةُ أحدهما بالآخر ، أما نحو مصراعي باب وزوجي خف . . فلا يجوز الإفراد قطعاً ، هـٰذا كلُّه في الردِّ القهري ، فإن رضي البائع بردّ أحدهما . . جاز **على الأصح** .

(**ولو اشترىٰ عبدَ رجلين معيباً . . فله رَدُّ نصيب أحدهما**) لتعدد الصفقة بتعدد البائع .

وَلَوِ ٱشْتَرَيَاهُ . . فَلأَحَدِهِمَا ٱلرَّدُّ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قِدَمِ ٱلْعَيْبِ . . صُدِّقَ ٱلْبَائِعُ بِيَمِينِهِ عَلَىٰ حَسَبِ جَوَابِهِ . وَٱلزِّيَادَةُ ٱلْمُتَّصِلَةُ كَٱلسِّمَنِ تَتْبَعُ ٱلأَصْلَ ، وَٱلْمُنْفَصِلَةُ كَٱلْوَلَدِ وَٱلأُجْرَةِ لاَ تَمْنَعُ ٱلرَّدَّ ، . . . .

(**ولو اشترياه . . فلأحدهما الردُّ في الأظهر**) لأنه ردّ جميع ما ملك ، والخلاف مبني علىٰ تعدد الصفقة بتعدد المشتري وقد مرّ .

(**ولو اختلفا في قدم العيب . . صدق البائع**) لأن الأصل لزوم العقد وعدم العيب في يده ، **والمراد** : ما إذا احتمل صدق كلّ منهما ، أما إذا قطعنا بما ادعاه أحدهما . . فهو المصدق .

ويستثنىٰ : ما لو ادعى المشتري وجودَ عيبين في يد البائع ، فاعترف بأحدهما وادعىٰ حدوث الآخر في يد المشتري . . فإن القول قول المشتري ؛ لأن الردَّ ثبت بإقرار البائع بأحدهما ، فلا يبطل بالشك ، قاله ابن القطان في « المطارحات » ، واستحسنه السبكي في « شرح المهذب » .

وتصديق البائع إنما هو بالنسبة إلىٰ دفع الردِّ عليه لا في تغريم المشتري الأرش لو قدر عوده إليه ، فلو جرى الفسخ بعد تصديقه بتحالف فطالب المشتري بأرش الحادث وزعم أنه أثبت حدوثه بيمينه . . فلا يجاب إليه ؛ لأن يمينه وإن صلحت للدفع عنه لا تصلح لشغل ذمة المشتري ، بل للمشتري أن يحلف الآن أنه ليس بحادث عنده ، كذا جزم به جمع منهم الماوردي والقاضي والإمام والغزالي ، ولم يتعرض له الشيخان[(١)] .

(**بيمينه**) لاحتمال صدق المشتري (**علىٰ حسب جوابه**) فإن قال في جوابه : (ليس له الردُّ علي بهـٰذا) ، أو (لا يلزمني قبوله) . . حلف **علىٰ** ذلك ، وإن قال : (ما بعته إلا سليماً) ، أو (ما أقبضته إلا سليماً) . . حلف كذلك .

(**والزيادة المتصلة ؛ كالسمن**) وكبر الشجرة ، وتعلم العبد حرفةً (**تتبع الأصل**) لعدم إمكان إفرادها .

(**والمنفصلة ؛ كالولد والأجرة لا تمنع الرد**) عملاً بمقتضى العيب .

---

(١) الحاوي الكبير (٦/٣١٨) ، نهاية المطلب (٥/٢٥٤) ، الوسيط (٣/١٤١) .

وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ ٱلْقَبْضِ ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلاً فَٱنْفَصَلَ . . رَدَّهُ مَعَهَا فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلاَ يَمْنَعُ ٱلرَّدَّ ٱلِاسْتِخْدَامُ وَوَطْءُ ٱلثَّيِّبِ . وَٱفْتِضَاضُ ٱلْبِكْرِ نَقْصٌ حَدَثَ ، وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى ٱلْمَبِيعِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ .

(**وهي للمشتري إن رَدَّ بعد القبض**) لحديث : « ٱلْخَرَاجُ بِٱلضَّمَانِ » رواه أبو داوود ، وصححه الترمذي والحاكم[1] ، **ومعناه** : أن ما يخرج من المبيع من غلة وفائدة فهي للمشتري في مقابلة أنه لو تلف . . لكان من ضمانه .

(**وكذا قبله في الأصحِّ**) بناء علىٰ أن الفسخ يرفع العقد من حينه ، **وهو الأصح** ، **والثاني** : أنها للبائع ؛ بناء علىٰ أنه يرفعه من أصله .

(**ولو باعها حاملاً فانفصل . . رَدَّه معها في الأظهر**) بناء علىٰ أن الحمل يعلم ويقابل بقسط من الثمن ، **والثاني** : لا ؛ بناء علىٰ مقابله ، وهـٰذا إذا لم تنقص قيمة الأم بالولادة ، فإن نقصت . . امتنع الردُّ .

واحترز بقوله : (**فانفصل**) : عما إذا كانت بعد حاملاً . . فإنه يردها كذلك جزماً ، ولو باع دجاجة فيها بيضة فباضت ، ثم وجد بالدجاجة عيباً . . هل يلزمه ردُّ البيضة مع الدجاجة ؟ وجهان ؛ بناءً على القولين في الحمل ، ذكره الروياني[2] .

(**ولا يمنع الردَّ الاستخدامُ**) بالإجماع ، (**ووطءُ الثيب**) لأنه إلمام من غير إيلام فلم يمنع الردّ ؛ كالاستخدام ، هـٰذا في وطء المشتري ، ومثله : وطء البائع والأجنبي بشبهة ، فإن كانت زانية به . . فإنه عيب حادث .

(**وافتضاض البكر**) وهو إزالة بكارتها بأي طريق كان ولو بوثبة (**نقصٌ حدث**)[3] فيمتنع الردّ ؛ كسائر العيوب الحادثة ، **ويستثنىٰ** : ما إذا كان بزواج سابق ، (**وقبله جنايةٌ على المبيع قبل القبض**) فيفصل فيه بين الأجنبي والبائع والمشتري والآفة السماوية ؛ كما سيأتي في بابه .

* * *

---

(١) سنن أبي داوود (٣٥٠٨) ، سنن الترمذي (١٢٨٥) ، المستدرك (٢/ ١٥) ، وأخرجه ابن حبان (٤٩٢٧) ، وابن ماجه (٢٢٤٣) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) بحر المذهب (٦/ ١٥١) .

(٣) في (ب) و(د) : (بعد القبض نقص حدث) ، وكلُّه من المتن .

فَصْلٌ

[في التصرية]

ٱلتَّصْرِيَةُ حَرَامٌ تُثْبِتُ ٱلْخِيَارَ عَلَى ٱلْفَوْرِ ، وَقِيلَ : يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ . فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ ٱللَّبَنِ . . رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ ، وَقِيلَ : يَكْفِي . . . .

(**فصل : التصرية حرام**) لقوله عليه السلام : « لاَ تُصَرُّوا ٱلإِبِلَ وَٱلْغَنَمَ ؛ فَمَنِ ٱبْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ . . فَهُوَ بِخَيْرِ ٱلنَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ حَلَبَهَا : إِنْ رَضِيَهَا . . أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا . . رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » متفق عليه[1] .

والتصرية : ربط أخلاف البهيمة وترك حلبها مدةً ؛ ليجتمع اللبن ، فيظن المشتري غزارة لبنها فيزيد في الثمن ، وذلك غِشٌّ وتدليس .

(**تُثبت الخيارَ**) للحديث (**على الفور**) كالردِّ بالعيب ، (**وقيل : يمتد ثلاثة أيام**) لقوله عليه الصلاة والسلام : « مَنِ ٱشْتَرَىٰ شَاةً مُصَرَّاةً . . فَهُوَ بِٱلْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » رواه مسلم[2] .

وهـٰذا ما نصَّ عليه في « الإملاء » ، وصححه كثيرون ، واختاره المتأخرون ؛ منهم : السبكي .

ولو علم بالتصرية قبل الثلاث . . فخياره على الفور على **الأول** ، **وعلى الثاني** : يمتد إلىٰ آخر الثلاث ، ولو علم بها في آخر الثلاث أو بعدها . . **فعلى الثاني** : لا خيار ؛ لامتناع مجاوزة الثلاث ، **وعلى الأول** : يثبت على الفور قطعاً .

[وهل ابتداء الثلاث من العقد أو التفرق ؟ فيه الوجهان في خيار الشرط . قاله الشيخان ، **ومقتضاه** : **أن الأصح** : أنها من العقد[3] ، وقال البُلْقِيني : **الصواب** : اعتبارها من وقت ظهور التصرية][4] .

(**فإن رَدَّ بعد تلف اللبن . . رَدَّ معها صاع تمر**) للحديث المارِّ ، (**وقيل : يكفي**

---

(١) صحيح البخاري (٢١٤٨) ، صحيح مسلم (١٥١٥/١١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) صحيح مسلم (١٥٢٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٤/ ٢٣٠) ، روضة الطالبين (٣/ ٤٦٨) .

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

صَاعُ قُوتٍ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلصَّاعَ لاَ يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ ٱللَّبَنِ ، وَأَنَّ خِيَارَهَا لاَ يَخْتَصُّ بِٱلنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ وَٱلْجَارِيَةَ وَٱلأَتَانَ ، . . . .

صاع قوت) لأنه قد ورد في رواية : (التمر) ، وفي رواية : (الطعام) ، وفي رواية : (القمح) ، فدلَّ علىٰ اعتبار القوت مطلقاً ؛ كصدقة الفطر .

وقوله : (بعد تلف اللبن) : قد يُفهم أن اللبن إذا كان باقياً . . يجب ردُّه ، وليس كذلك ، بل إن طلب البائع رده . . لم يجبر المشتري عليه ؛ لأن ما حدث منه بعد البيع ملك له .

وإن طلبه المشتري ؛ فإن حمض . . لم يُكلَّف البائع قبوله ، وكذا إن لم يتغير **في الأصح** ؛ لذهاب طراوته .

فلو عبر بقوله : (بعد الحلب) . . لاستقام ؛ فإنه إذا ردّ قبله . . لا شيء عليه ، هـٰذا عند عدم تراضيهما ، فلو تراضيا علىٰ ردِّ اللبن . . جاز ذلك من غير صاع تمر ، وكذا لو تراضيا علىٰ قوت أو غيره .

واستثنىٰ صاحب « الخصال » من رد الصاع معها : ما إذا اشتراها بأقلَّ من صاع مع اللبن . . فلا يردها مع صاع ، ثم قال : **وفيه نظر** . انتهىٰ ، **والمذهب** : أنه لا فرق بين أن يكون اشتراها بصاع تمر أو دونه .

(والأصح : أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن) لإطلاق الخبر وقطعاً للنزاع ، **والثاني** : أن الواجب يتقدر بقدر اللبن ؛ لما رواه أبو داوود عن ابن عمر : « فَإِنْ رَدَّهَا . . رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحاً »[1] .

(وأن خيارها لا يختص بالنعم) وهي الإبل والبقر والغنم ، **(بل يعم كلَّ مأكول والجاريةَ والأتانَ)** وهي الأنثىٰ من الحمر الأهلية[2] ؛ لأن في رواية أبي داوود : « مَنْ بَاعَ مُحَفَّلَةً »[3] ، **والثاني** : يختص ؛ لأن ما عداها لا يقصد لبنه إلا علىٰ ندور .

---

(١) سنن أبي داوود (٣٤٤٦) .

(٢) كذا قاله الإسنوي وغيره ، لكن في « التحرير » : هي الأنثىٰ من جنس الحمر ، ولعل كلام الإسنوي في تفسير الأتان المذكورة في كلام « الكتاب » ، وكلامُ « التحرير » في تفسير الأتان في اللغة ، وإنما خص الأتان في كلام « الكتاب » لعطفها على المأكول ، والأتان الوحشية مأكولة . اهـ هامش (أ) .

(٣) سنن أبي داوود (٣٤٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلاَ يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئاً ، وَفِي ٱلْجَارِيَةِ وَجْهٌ . وَحَبْسُ مَاءِ ٱلْقَنَاةِ وَٱلرَّحَى ٱلْمُرْسَلِ عِنْدَ ٱلْبَيْعِ ، وَتَحْمِيرُ ٱلْوَجْهِ ، وَتَسْوِيدُ ٱلشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ ٱلْخِيَارَ ، لاَ لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلاً لِكِتَابَتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ .

(**ولا يرد معهما**) أي : مع الجارية والأتان (**شيئاً**) لأن لبن الأتان نجس ، فلا عوض له ، ولبن الآدميات لا يُعتاض عنه غالباً .

(**وفي الجارية وجه**) أنه يُردُّ معها صاع تمر ؛ لأنه كلبن النعم في صحة أخذ العوض عنه ، قال الإمام : **ومحل الخلاف** : إذا لم يكن للبنها قيمة ، أما إذا كان له قيمة . . فلا بدّ من بدله[1] .

(**وحبس ماء القناة والرحى المرسلِ عند البيع**) والإجارة ، (**وتحمير الوجه ، وتسويد الشعر وتجعيده يُثبت الخيار**) قياساً على التصرية بجامع التدليس .

و(**الشعر المجعد**) هو : الذي فيه التواءٌ وانقباض لا المفلفل ؛ كشعر السودان .

(**لا لطخ ثوبه تخييلاً لكتابته في الأصح**) لأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف ؛ فإنه ربما لبس ثوبَ غيره أو أصابه ذلك من حمل دواة ، فكان المشتري مقصراً بعدم السؤال عنه ، **والثاني** : نعم ؛ للتلبيس والتدليس .

* * *

---

(١) نهاية المطلب (٥/٢١٦) .

بابٌ
[في حكم المبيع قبل قبضه وبعده والتصرّف فيه]

ٱلْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ ٱلْبَائِعِ . فَإِنْ تَلِفَ . . ٱنْفَسَخَ ٱلْبَيْعُ وَسَقَطَ ٱلثَّمَنُ ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ ٱلْمُشْتَرِي عَنِ ٱلضَّمَانِ . . لَمْ يَبْرَأْ فِي ٱلأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ ٱلْحُكْمُ . . . .

(باب)

(**المبيع قبل قبضه من ضمان البائع**) لبقاء سلطنته عليه ، واستثنى الوجيزي من ذلك ثلاث مسائل : **الأولىٰ** : إذا اشترىٰ أمة فوطئها أبو المشتري قبل القبض وأحبلها ، ثم ماتت . . فإنها تتلف من ضمان المشتري فيما يظهر ؛ لأنها بالعُلوق قَدَّرنا انتقالها إلىٰ ملك الأب ، ومن ضرورة ذلك تقدير القبض وإن لم تحصل صورته ، ووافقه السبكي علىٰ ذلك ، **الثانية** : إذا اشترى السيد من مكاتبه شيئاً ، ثم عجَّز المكاتب نفسَه قبل قبض السيد العين المبيعة ، **الثالثة** : إذا اشترى الوارث من مورثه عيناً ، ثم مات المورث قبل القبض ، وفي استثناء الثانية والثالثة نظر .

(**فإن تلف**) بآفة (. . **انفسخ البيع وسقط الثمن**) لفوات التسليم المستحق بالعقد فبطل ؛ كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض ، ووقوع الدرة في البحر كالتلف .

واستثني من طرده : ما لو وضع العين المبيعة بين يدي المشتري بعد امتناعه من قبضها . . فإنه يبرأ **على الصحيح** .

ومن عكسه : ما لو قبضه المشتري وديعة من البائع ـ وقلنا : **بالأصح** : إنه لا يبطل به حقّ الحبس ـ فتلف في يده . . فهو كتلفه في يد البائع ، وما لو قبضه المشتري من البائع في زمن الخيار ، والخيار للبائع وحده فتلف في يده . . فهو كتلفه في يد البائع فينفسخ ويرجع المشتري بثمنه ، وللبائع القيمة ، وهي كقيمة المستعار .

(**ولو أبرأه المشتري عن الضمان . . لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم**) لكونه إبراء عَمَّا لم يجب ، **والثاني** : يبرأ ؛ لوجود سبب الوجوب .

وَإِتْلاَفُ ٱلْمُشْتَرِي قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ ، وَإِلاَّ . . فَقَوْلاَنِ كَأَكْلِ ٱلْمَالِكِ طَعَامَهُ ٱلْمَغْصُوبَ ضَيْفاً . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ إِتْلاَفَ ٱلْبَائِعِ كَتَلَفِهِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ إِتْلاَفَ ٱلأَجْنَبِيِّ لاَ يَفْسَخُ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيُغَرِّمَ ٱلأَجْنَبِيَّ ، أَوْ يَفْسَخَ وَيُغَرِّمَ ٱلْبَائِعُ ٱلأَجْنَبِيَّ . وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ فَرَضِيَهُ . . أَخَذَهُ بِكُلِّ ٱلثَّمَنِ . . . .

(وإتلاف المشتري قبضٌ إن عَلم) كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب ، ويستثنىٰ منه مسائل : **منها** : ما إذا قتله المشتري دفعاً لصياله عليه . . فإنه لا يكون قبضاً **على الأصح في** « **زيادة الروضة** »[1] ، **ومنها** : لو ارتد في يد البائع فقتله المشتري وهو الإمام أو نائبه عن الردة . قال ابن الرفعة : ولو قتله المشتري قصاصاً . . فيظهر أنه كالآفة .

(**وإلا**) أي : وإن لم يعلم (. . **فقولان كأكل المالك طعامَه المغصوبَ ضيفاً**) جاهلاً بأنه طعامه ، بتقديم الغاصب ، **والأصح** : أنه يبرأ الغاصب تقديماً للمباشرة ، **وقضيته** : ترجيح كونه من ضمانه .

(**والمذهب أن إتلاف البائع كتلفه**) بآفة سماوية ، فينفسخ البيع ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فإذا أتلفه . . سقط الثمن ، **والثاني** : لا ينفسخ ؛ لأنه جان علىٰ ملك غيره ، فأشبه الأجنبي فيتخير المشتري بين الفسخ والإجازة ، **والطريق الثاني** : القطع بالأول ، وبيع البائع مع الإقباض ، وعجزه عن الاسترداد . . كجنايته .

(**والأظهر : أن إتلاف الأجنبي لا يَفْسخ**) لقيام البدل مقام المبيع ، (**بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويُغرِّم الأجنبي ، أو يَفسخ ويغرم البائع الأجنبي**)[2] لفوات العين المقصودة ، **والثاني** : يكون فسخاً ؛ لتعذر التسليم .

ويستثنىٰ : ما إذا كان الأجنبي حربيّاً أو قتله بحقٍّ ؛ من قصاص وغيره . . فإنه كالآفة ، وكذا لو كان المبيع مرتدّاً أو محارباً أو تاركاً للصلاة وقتله أجنبي .

(**ولو تَعيَّب قبل القبض فرضيه . . أخذه بكلِّ الثمن**) كما لو كان مقارناً للعقد ، ولا أرش له مع قدرته على الفسخ .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٠٤) .

(٢) في (د) : (أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي) .

وَلَوْ عَيَّبَهُ ٱلْمُشْتَرِي . . فَلاَ خِيَارَ ، أَوِ ٱلأَجْنَبِيُّ . . فَٱلْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . غَرِمَ ٱلأَجْنَبِيُّ ٱلأَرْشَ . وَلَوْ عَيَّبَهُ ٱلْبَائِعُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : ثُبُوتُ ٱلْخِيَارِ لاَ ٱلتَّغْرِيمُ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ ، . . . .

(**ولو عيّبه المشتري . . فلا خيار**) لحصوله بفعله ، بل يمتنع بسببه الردُّ بالعيوب القديمة ، وهـٰذا بخلاف المستأجر إذا عَيَّبَ العينَ المستأجرة ، والمرأة إذا جَبَّت ذكرَ زوجها . . فإن لهما الخيارَ ، وفرّق في « المطلب » بأن تعييب المشتري يُنزَّل منزلة القبض ، وجَبّ الذكر وهدم الدار لا يتخيل فيهما ذلك .

(**أو الأجنبي . . فالخيار**) لكونه مضموناً على البائع ، (**فإن أجاز . . غَرِم الأجنبيُّ الأرش**) لأنه الجاني .

(**ولو عيبه البائع . . فالمذهب : ثبوت الخيار لا التغريم**) **اعلم** : أن ثبوت الخيار لا خلاف فيه ؛ لأن فعل البائع إما كالآفة ، وإما كفعل الأجنبي ، وكلٌّ منهما مثبت للخيار قطعاً ، وإنما الخلاف في التغريم ، **والمذهب** : أنه لا يثبت ؛ بناء علىٰ أنه كالآفة السماوية ، **والثاني** : يثبت ؛ بناء علىٰ جعله كالأجنبي ، **فالصواب في التعبير** : أن يقول : (ثبت الخيار لا التغريم **على المذهب**) .

(**ولا يصحُّ** بيع المبيع قبل **قبضه**) لصحة النهي عنه[1] ، ثم قيل : المنع مُعلَّل بضعف الملك ؛ بدليل الانفساخ بتلفه ، فلا يستفيد به ولاية التصرف ، **وقيل** : بتوالي الضمانين علىٰ شيء واحد ؛ لأنا لو نَفَّذنا البيعَ من المشتري . . لكان مضموناً على البائع للمشتري ، وإذا نفذ منه . . صار مضموناً عليه للمشتري الثاني ، فيكون الشيء الواحد مضموناً له وعليه في عَقدين .

(**والأصح : أن بيعه للبائع كغيره**) مراعاة للمعنى الأول ، **والثاني** : يجوز ؛ بناء على المعنى الثاني .

ومحل الخلاف : إذا باعه بغير جنس الثمن ، أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ، وإلا . . فهو إقالة بلفظ البيع ، قاله في « التتمة » ، وأقرّاه[2] .

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (١٥٢٥/٢٩) عن ابن عمر رضي الله عنهما .
(٢) الشرح الكبير (٤/٢٩٦) ، روضة الطالبين (٣/٥٠٩) .

وَأَنَّ ٱلإِجَارَةَ وَٱلرَّهْنَ وَٱلْهِبَةَ كَٱلْبَيْعِ ، وَأَنَّ ٱلإِعْتَاقَ بِخِلاَفِهِ . وَٱلثَّمَنُ ٱلْمُعَيَّنُ كَٱلْمَبِيعِ ، فَلاَ يَبِيعُهُ ٱلْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ ، وَمَرْهُونٍ بَعْدَ ٱنْفِكَاكِهِ ، وَمَوْرُوثٍ ، وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ ، . . . .

(**وأن الإجارة والرهن والهبة كالبيع**) بناء على المعنى الأول ، **والثاني** : يصحُّ ؛ بناء على الثاني .

(**وأن الإعتاق بخلافه**) أي : بخلاف البيع ، فيصحُّ ولو كان للبائع حقُّ الحبس ؛ لقوته ، وضعف حقِّ الحبس ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ لأنه إزالة ملك ؛ كالبيع .

والتزويج والاستيلاد والوقف كالعتق .

ويستثنىٰ : ما لو أعتقه علىٰ مال . . فإنه لا يصحُّ ، وكذا إن أعتقه عن كفارة غيره ؛ لأن الأول بيع ، والثاني : هبة .

(**والثمنُ المُعيَّن كالمبيع ، فلا يبيعه البائع قبل قبضه**) لعموم النهي[1] ، ووجود العلتين .

وقوله : (فلا يبيعه . . .) إلىٰ آخره : زيادة لا حاجة إليها ، بل مضرة ؛ لأنها توهم جوازَ غير البيع .

(**وله بيع ماله في يد غيره أمانة ؛ كوديعة ، ومشترك ، وقراض ، ومرهون بعد انفكاكه ، وموروث ، وباق في يد وليّه بعد رشده**) لتمام الملك ، والقدرة على التسليم .

ويستثنىٰ : ما إذا استأجر صَبَّاغاً لصبغ ثوب وسلمه إليه . . فليس للمالك بيعه قبل صبغه ؛ لأن له حبسَه لعمل ما يستحق به الأجرةَ ، وإذا صبغه . . فله بيعه إن وفّى الأجرةَ ، وإلا . . فلا ، قاله البغوي وتابعاه ، قالا : والقِصارة كالصبغ إن قلنا : هي عين ، وإن قلنا : أثر . . فله البيع قبل دفع الأجرة[2] .

وقوله : (وموروث) : **استثني منه** : ما إذا اشتراه مورثه ومات ولم يقبضه . . فليس للوارث بيعه قبل قبضه ، ورد : بأنه ليس في يد **بائعه** أمانةً .

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (١٥٢٥/٢٩) عن ابن عمر رضي الله عنهما .
(٢) التهذيب (٣/ ٤١٢) ، الشرح الكبير (٤/ ٢٩٩) ، روضة الطالبين (٣/ ٥١٢) .

وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ ، وَلاَ ٱلاِعْتِيَاضُ عَنْهُ . وَٱلْجَدِيدُ : جَوَازُ ٱلاِسْتِبْدَالِ عَنِ ٱلثَّمَنِ ، فَإِنِ ٱسْتَبْدَلَ مُوَافِقاً فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ . . ٱشْتُرِطَ قَبْضُ ٱلْبَدَلِ فِي ٱلْمَجْلِسِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلتَّعْيِينُ فِي ٱلْعَقْدِ ، وَكَذَا ٱلْقَبْضُ فِي ٱلْمَجْلِسِ إِنِ ٱسْتَبْدَلَ مَا لاَ يُوَافِقُ فِي ٱلْعِلَّةِ ؛ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ . . . .

(**وكذا عارية ، ومأخوذ بسوم**) لما ذكرناه ، وإنما عطف بـ(كذا) ؛ لينبه علىٰ أنه قسيم الأمانة ؛ لأنه مضمون ضمانَ يد .

(**ولا يصح بيع المُسلَم فيه ، ولا الاعتياض عنه**) لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض[1] .

(**والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن**) الذي في الذمة ؛ لحديث ابن عمر أنه قال : (يا رسول الله ؛ إني أبيع الإبل بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فقال : « لاَ بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ ») صححه ابن حبان وغيره[2] ، **والقديم** : المنع ؛ لإطلاق النهي عن بيع ما لم يقبض .

والثمن هو : النقد **على الأصح** ، **والمثمن** : ما يقابله ، فإن لم يكن نقداً أصلاً أو كانا نقدين . . فالثمن : ما التصقت به الباء .

(**فإن استبدل موافقاً في علة الربا ؛ كدراهم عن دنانير . . اشترط قبض البدل في المجلس**) لما مرّ في الربا .

(**والأصح : أنه لا يشترط التعيين في العقد**) كما لو تصارفا في الذمة ثم عينا وتقابضا ، **والثاني** : يشترط ؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين .

(**وكذا القبض في المجلس إن استبدل ما لا يوافِق في العلة ؛ كثوب عن دراهم**) أي : لا يشترط أيضاً **في الأصح** ؛ كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة . . لا يشترط قبض الثوب ، **والثاني** : يشترط ؛ لأن أحد العوضين دين ، فيشترط قبض الآخر ؛ كرأس

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٦) ، ومسلم (١٥٢٥/٢٩) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٩٢٠) ، وأخرجه الحاكم (٢/٤٤) ، وأبو داوود (٣٣٥٤) ، والترمذي (١٢٤٢) ، والنسائي (٧/٢٨١) ، وابن ماجه (٢٢٦٢) .

وَلَوِ ٱسْتَبْدَلَ عَنِ ٱلْقَرْضِ وَقِيمَةِ ٱلْمُتْلَفِ . . جَازَ ، وَفِي ٱشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي ٱلْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ . وَبَيْعُ ٱلدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ عَبْدَ زَيْدٍ بِمِئَةٍ لَهُ عَلَىٰ عَمْرٍو . وَلَوْ كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَىٰ شَخْصٍ ، فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْراً دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ . . بَطَلَ قَطْعاً . وَقَبْضُ ٱلْعَقَارِ : تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ ٱلتَّصَرُّفِ ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ ٱلْبَائِعِ ، . . . .

مال السلم ، **وعلى الأول** : فلا بدّ من التعيين قطعاً .

وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق .

(**ولو استبدل عن**) دين (**القرض وقيمةِ المُتلَف**) إن كان متقوماً (. . **جاز**) لاستقراره ، بخلاف دين السلم ، وكذا المثل إن كان مثلياً .

(**وفي اشتراط قبضه في المجلس ما سبق**) أي : فيفصل بين الموافق في علة الربا والمخالف ، وكذا يأتي في تعينيه ما سبق ، **والأصح** : عدم الاشتراط .

(**وبيع الدين**) بعين (**لغير من عليه باطلٌ في الأظهر ؛ بأن يشتري عبد زيد بمئة له علىٰ عمرو**) لأنه لا يقدر علىٰ تسليمه ، **والثاني** : يجوز ؛ لاستقراره ؛ كبيعه ممن هو عليه ، وهو الاستبدال كما مر ، وهـٰذا ما صححه في « زوائد الروضة » هنا[1] .

(**ولو كان لزيد وعمرو دينان علىٰ شخص ، فباع زيد عمراً دينه بدينه . . بطل قطعاً**) للنهي عن بيع الكالىء بالكالىء ، وهو الدين بالدين[2] .

(**وقبض العقار**) كالأرض والدار والبناء ، وكذا الشجر (**تخليتهُ للمشتري**) أي : تركه له (**وتمكينه من التصرف**) فيه (**بشرط فراغه من أمتعة البائع**) لأن الشرع أطلق القبض وأناط به أحكاماً ولم يبينه ، ولا له حدٌّ في اللغة ، فيرجع فيه إلى العرف ؛ كالحرز في السرقة ونحوه ، والعرف قاض بما ذكره ، ولا بدّ من تسليم مفتاح الدار إلى المشتري ، ولا يشترط دخوله .

وتقييده بأمتعة البائع : يحترز به عن أمتعة المشتري ، ويلتحق بأمتعة البائع أمتعة المستعير والمستأجر والموصىٰ له بالمنفعة والغاصب ، قاله الأَذْرَعي .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥١٦) .
(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ ٱلْعَاقِدَانِ ٱلْمَبِيعَ . . ٱعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ٱلْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَقَبْضُ ٱلْمَنْقُولِ : تَحْوِيلُهُ ، فَإِنْ جَرَى ٱلْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لاَ يَخْتَصُّ بِٱلْبَائِعِ . . كَفَىٰ نَقْلُهُ إِلَىٰ حَيِّزٍ ، وَإِنْ جَرَىٰ فِي دَارِ ٱلْبَائِعِ . . لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ إِلاَّ بِإِذْنِ ٱلْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعِيراً لِلْبُقْعَةِ . . . .

(فإن لم يَحضر العاقدان المبيعَ) وقلنا : بالأصح : أنه لا يشترط حضورهما عنده (. . اعتبر مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصحِّ) سواء أكان في يد المشتري أم لا ؛ لأنا أسقطنا الحضور للمشقة ، ولا مشقة في مضي الزمان ، فاعتبر ، **والثاني** : لا يعتبر ؛ لأنه لا معنىٰ لاشتراطه مع عدم الحضور .

(**وقبض المنقول : تحويله**) لحديث ابن عمر : (كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً ، فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتىٰ ننقله من مكانه)[1] ولأن العادة في المنقول ذلك ، فإن كان المبيع خفيفاً يتناول باليد ؛ كالدراهم . . فلا بدَّ من تناوله باليد .

(**فإن جرى البيع بموضع لا يختص بالبائع . . كفىٰ نقله إلىٰ حيّز**) من ذلك الموضع ؛ لوجود التحويل .

وقوله : (جرى البيع) تبع فيه « المحرر » وليس بجيد ؛ إذ جريان البيع لا مدخل له فيما نحن فيه بالكلية ، بل العبرة بوجود المبيع ، ولهٰذا عبرا في « الروضة » ، و« أصلها » بقولهما : (وإن كان المبيع) بالميم[2] .

(**وإن جرىٰ في دار البائع . . لم يكف ذلك**) لأن يد البائع عليها وعلىٰ ما فيها .

نعم ؛ يدخل في ضمانه ؛ لوجود الاستيلاء .

(**إلا بإذن البائع**) في القبض والنقل (**فيكون معيراً للبُقعة**) التي أذن في النقل إليها ؛ كما لو استعار من غيره .

* * *

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٤) ، ومسلم (١٥٢٦) .

(٢) المحرر (ص١٤٩) ، الشرح الكبير (٤/٣٠٦) ، روضة الطالبين (٣/٥١٨) .



[في تتمة أحكام الباب]

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ ٱلْمَبِيعِ إِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُؤَجَّلاً أَوْ سَلَّمَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ يَسْتَقِلُّ بِهِ . وَلَوْ بِيعَ ٱلشَّيْءُ تَقْدِيراً كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعاً ، وَحِنْطَةٍ كَيْلاً أَوْ وَزْناً . . ٱشْتُرِطَ مَعَ ٱلنَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ ، مِثَالُهُ : (بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ) ، أَوْ (عَلَىٰ أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ) . وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَىٰ زَيْدٍ ، وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ . . فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يَكِيلُ لِعَمْرٍو .

فَلَوْ قَالَ : (ٱقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِيَ عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ) فَفَعَلَ . . فَٱلْقَبْضُ فَاسِدٌ . . . .

(**فرع : للمشتري قبض المبيع إن كان الثمن مُؤَجَّلاً**) في ابتداء العقد وإن حلَّ قبل التسليم (**أو سلَّمه**) وإن لم يأذن البائع ؛ لانتفاء حقِّ الحبس والحالة هـٰذه .

(**وإلا . . فلا يستقلُّ به**) بل لا بدَّ من إذن البائع ، وعليه الردُّ إن قبضه ؛ لأن له حقَّ الحبس لاستيفاء الثمن .

(**ولو بيع الشيء تقديراً ؛ كثوب وأرض ذرعاً ، وحنطةٍ كيلاً أو وزناً . . اشترط مع النقل ذَرْعُه**) إن بيع ذرعاً (**أو كيله**) إن بيع كيلاً (**أو وزنه**) إن بيع وزناً ، وكذا عده في المعدود ؛ لورود النصِّ في الكيل ، وهو قوله عليه السلام : « مَنِ ٱبْتَاعَ طَعَاماً . . فَلاَ يَبِعْهُ حَتَّىٰ يَكْتَالَهُ » متفق عليه[1] ، فقسنا عليه الباقي .

(**مثاله : « بعتكها كلَّ صاع بدرهم » ، أو « علىٰ أنها عشرة آصع »**) هـٰذان المثالان للبيع مكايلة ، وأمثلة الباقي لا تخفىٰ .

(**ولو كان له**) أي : لبكر مثلاً (**طعام مُقدَّر علىٰ زيد ، ولعمرو عليه مثلُه . . فليكتل لنفسه ، ثم يكيل لعمرو**) ليكون قبضه قبل إقباضه .

(**فلو قال**) بكر : (« **اقبض**) يا عمرو (**من زيد ما ليَ عليه لنفسك** ») ، **ففعل . . فالقبض فاسد**) بالنسبة إلىٰ عمرو ؛ لاتحاد القابض والمُقبِض ؛ فإنه يصير قابضاً من نفسه لنفسه ، وأما بالنسبة إلىٰ زيد . . **فالأصح** : صحته ، وتبرأ ذمته .

* * *

---

(١) صحيح البخاري (٢١٣٢) ، صحيح مسلم (١٥٢٥/٣١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .



[في تتمة الباب أيضاً]

قَالَ ٱلْبَائِعُ : (لاَ أُسَلِّمُ ٱلْمَبِيعَ حَتَّىٰ أَقْبِضَ ثَمَنَهُ) ، وَقَالَ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلثَّمَنِ مِثْلَهُ . . أُجْبِرَ ٱلْبَائِعُ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . . أُجْبِرَ صَاحِبُهُ ، وَفِي قَوْلٍ : يُجْبَرَانِ . **قُلْتُ** : فَإِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُعَيَّناً . . سَقَطَ ٱلْقَوْلاَنِ ٱلأَوَّلاَنِ وَأُجْبِرَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِذَا سَلَّمَ ٱلْبَائِعُ . . أُجْبِرَ ٱلْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ ٱلثَّمَنُ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . . فَلِلْبَائِعِ ٱلْفَسْخُ بِٱلْفَلَسِ ، أَوْ مُوسِراً وَمَالُهُ بِٱلْبَلَدِ أَوْ بِمَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ . . حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّىٰ يُسَلِّمَ ، . . . .

(**فرع : قال البائع : « لا أُسلِّم المبيع حتىٰ أقبض ثمنَه » ، وقال المشتري في الثمن مثلَه . . أجبر البائع**) لأن البائع يتصرف في الثمن بالحوالة والاعتياض ، فليُسلِّم ليتصرف المشتري مثله ، (**وفي قول : المشتري**) لأن حقه متعين في المبيع ، وحقّ البائع غير متعين في الثمن ، فيؤمر بالتعيين ، (**وفي قول : لا إجبار ، فمن سلّم . . أُجبر صاحبُه**) لأنهما سواء ، (**وفي قول : يُجبَران**) لأن التسليم واجب عليهما ، فيأمر الحاكم كلاً منهما بإحضار ما عليه إليه أو إلىٰ عدل ، فإذا أحضر . . أسلم الثمن إلى البائع ، والمبيع إلى المشتري ، ولا يضره بأيهما بدأ .

(**قلت : فإن كان الثمن مُعيَّناً . . سقط القولان الأولان وأجبرا في الأظهر ، والله أعلم**) لاستواء الجانبين .

وهٰذا كلُّه إذا كان الثمن حالاً ، فإن كان مُؤجّلاً . . أجبر البائع قطعاً ، فلو كان البائع نائباً عن غيره بوكالة أو ولاية . . فلا يأتي إلا إجبارُهما ، أو إجبار المشتري .

(**وإذا سلّم البائع . . أجبر المشتري إن حَضر الثمنُ**) في المجلس ؛ لأن التسليم واجب عليه ، ولا مانع منه ، **والمراد بـ(الثمن)** : نوعه ؛ لأن الكلام فيما إذا كان في الذمة ، (**وإلا**) أي : وإن لم يكن حاضراً (**فإن كان معسراً . . فللبائع الفسخ بالفَلَس**) لما سيأتي في بابه ، وحينئذ : فيشترط فيه حجر القاضي .

(**أو موسراً ومالُه بالبلد ، أو بمسافة قريبة**) دون مسافة القصر (**. . حُجر عليه في أمواله حتىٰ يُسلِّم**) لئلا يتصرف فيها بما يبطل حقَّ البائع ، ولا فرق **على الصحيح** بين

فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ ٱلْبَائِعُ ٱلصَّبْرَ إِلَىٰ إِحْضَارِهِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ ٱلْفَسْخَ ، فَإِنْ صَبَرَ . . فَٱلْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّىٰ يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلاَ خِلاَفٍ ، وَإِنَّمَا ٱلأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ ٱلِابْتِدَاءِ .

أن تكون أمواله وافية بالثمن أم لا ؛ ولهـٰذا سماه الغزالي وغيره بـ(الحجر الغريب)[1] .

(**فإن كان بمسافة القصر . . لم يُكلَّف البائع الصبر إلىٰ إحضاره**) لما فيه من الضرر عليه بتأخير حقه .

(**والأصحُّ : أن له الفسخَ**) لتعذر تحصيل الثمن ؛ كإفلاس المشتري به ، **والثاني** : يباع ويؤدىٰ حقه من ثمنه ؛ كسائر الديون .

(**فإن صبر . . فالحجر كما ذكرنا**) لاحتمال تفويته المال .

(**وللبائع حبس مبيعه حتىٰ يقبض ثمنَه إن خاف فوته بلا خلاف ، وإنما الأقوال إذا لم يخف فوتَه وتنازعا في مجرَّد الابتداء**) لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو تمليك المال أو نحو ذلك . . فيه ضرر ظاهر ، وهـٰكذا الحكم في المشتري أيضاً .

* * *

---

(١) الوسيط (٣/ ١٥٧) .

بابُ التولية والإشراك والمرابحة

ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِٱلثَّمَنِ : (وَلَّيْتُكَ هَـٰذَا ٱلْعَقْدَ) ، فَقَبِلَ . . لَزِمَهُ مِثْلُ ٱلثَّمَنِ ، وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ ، لَـٰكِنْ لاَ يَحْتَاجُ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱلثَّمَنِ . وَلَوْ حُطَّ عَنِ ٱلْمُوَلِّي بَعْضُ ٱلثَّمَنِ . . ٱنْحَطَّ عَنِ ٱلْمُوَلَّىٰ . وَٱلإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَٱلتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ إِنْ بَيَّنَ ٱلْبَعْضَ ، فَلَوْ أَطْلَقَ . . صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً ، وَقِيلَ : لاَ . . . .

(باب التولية والإشراك والمرابحة)

التولية : مصدر وَلَّىٰ تولية ، **والإشراك** : مصدر أشركه ؛ أي : صيره شريكاً ، **والمرابحة** : من الربح وهو الزيادة .

وذَكَرَ في الباب المُحاطة أيضاً ولم يترجم لها .

(**اشترىٰ شيئاً ثم قال لعالم بالثمن** : « **وليتك هـٰذا العقد** ») سواء قال : بما اشتريته ، أم سكت (**فقبل**) بأن قال : قبلت أو توليت (. . **لزمه مثلُ الثمن**) جنساً وقدراً وصفة .

(**وهو**) أي : هـٰذا العقد (**بيع في شرطه**) فلا يصحُّ قبل القبض ، ويشترط فيه جميع شروط البيع ؛ لأن حدَّ البيع صادق عليه ، (**وترتبِ أحكامه**) من تجدد الشفعة ، وبقاء الزوائد المنفصلة علىٰ ملك المولي ، وغير ذلك ؛ لأنه ملك جديد (**لكن لا يحتاج إلىٰ ذكر الثمن**) لأن لفظ التولية مشعر به ، [فلو ذكره . . لم يضر][1] .

(**ولو حُطّ عن المولِّي بعضُ الثمن . . انحطّ عن المولَّىٰ**) وإن كان بعد التولية ؛ لأنه وإن كان بيعاً جديداً ، فخاصيته وفائدته هي التنزيل على الثمن الأول .

(**والإشراك في بعضه كالتولية في كلِّه**) في جميع ما مرّ من الشروط والأحكام (**إن بيّن البعضَ**) بأن يقول : (أشركتك معي مناصفة ، أو بالنصف) ، فإن ذكر بعضاً ولم يبينه . . لم يصحَّ ؛ للجهل .

(**فلو أطلق . . صحَّ وكان مناصفةً**) كما لو أقر بشيء لزيد ولعمرو ، (**وقيل : لا**) يصحُّ ؛ للجهالة ؛ كقوله : (بعتك بألف ذهباً وفضة) .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُرَابَحَةِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُ بِمِئَةٍ ثُمَّ يَقُولَ : (بِعْتُكَ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ ، أَوْ رِبْحِ « دَهْ يَازْدَهْ ») . وَٱلْمُحَاطَّةِ كَـ(بِعْتُ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ وَحَطِّ « دَهْ يَازْدَهْ ») ، وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ ، وَقِيلَ : مِنْ كُلِّ عَشَرَةٍ . وَإِذَا قَالَ : (بِعْتُ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ) . . لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ سِوَى ٱلثَّمَنِ ، وَلَوْ قَالَ : (بِمَا قَامَ عَلَيَّ) . . دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ ٱلْكَيَّالِ وَٱلدَّلَّالِ وَٱلْحَارِسِ وَٱلْقَصَّارِ وَٱلرَّفَّاءِ وَٱلصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ ٱلصَّبْغِ وَسَائِرِ ٱلْمُؤَنِ ٱلْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ . . . .

(**ويصح بيع المرابحة ؛ بأن يشتريه بمئة ثم يقول : « بعتك بما اشتريت**) أي : بمثله (**وربح درهم لكلِّ عشرة**) وكذا ربح درهم في كلِّ عشرة (**أو ربح دَهْ يَازْدَهْ »**) قياساً علىٰ بيع القطيع كلِّ شاة بدرهم ، ولأن الثمن معلوم فجاز البيع ؛ كما لو قال : (بعتك بمئة وعشرة) .

(**وده**) بالفارسية : عشرة و(**يازده**) : أحد عشر ، **ومعناه** : كلُّ عشرة ربحها درهم ، ولا خفاء أن هـٰذا فيما إذا عرفه كلٌّ منهما .

(**والمُحاطة : كبعت بما اشتريت وحط « ده يازده »**) لما سبق من كونه ثمناً معلوماً .

(**ويُحَطُّ من كلِّ أحد عشر واحدٌ**) لأن الربح في المرابحة جزء من أحد عشر ، فليكن كذلك الحَطُّ أيضاً ، (**وقيل : من كلِّ عشرة**) كما زدنا في المرابحة علىٰ كلِّ عشرة واحداً ، **فعلىٰ هـٰذا** : إذا كان قد اشترىٰ بمئة . . يكون الثمن تسعين ، **وعلى الأول** : تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم .

(**وإذا قال : « بعت بما اشتريت » . . لم يدخل فيه سوى الثمن**) الذي لزم به العقد ، فلو حُطَّ بعض الثمن في زمن الخيار ، أو زيد فيه . . لم يجز إلا بما لزم به العقد ؛ لأن الشراء هو العقد ، والعقد لم يقع إلا بذلك .

(**ولو قال : « بما قام عليّ » . . دخل مع ثمنه أجرةُ الكَيَّال والدلال والحارس والقَصَّار والرَّفَّاء والصَّبَّاغ وقيمة الصبغ وسائرِ المؤن المرادة للاسترباح**) كتطيين الدار ، وأجرة المكان ، وكذا المَكْس الذي يأخذه السلطان ، أما المؤن المقصودة للبقاء ؛ كنفقة العبد ، وعلف الدابة . . فلا تحسب .

وَلَوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ . . لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ . وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ ، فَلَوْ جَهِلَهُ أَحَدُهُمَا . . بَطَلَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلْيُصَدَّقِ ٱلْبَائِعُ فِي قَدْرِ ٱلثَّمَنِ وَٱلأَجَلِ ، وَٱلشِّرَاءِ بِٱلْعَرْضِ ، وَبَيَانِ ٱلْعَيْبِ ٱلْحَادِثِ عِنْدَهُ ، . . . .

ومعنىٰ قوله : (**دخل**) : أنه يضمها إلى الثمن ، فيقول : (قام علي بكذا ، وقد بعتك بما قام علي وربح كذا) ، وليس المراد : أنه بمطلق ذلك تدخل فيه جميع هٰذه الأشياء مع الجهل بها ، وقد قال بعد ذلك : (وَلْيَعْلَما ثمنه أو ما قام به) .

واستشكل : تصوير أجرة الكَيَّال والدلال ؛ فإنهما على البائع ، **وأجيب** : بأن صورة أجرة الكَيَّال على المشتري ما إذا كان الثمن مكيلاً ، وأجرة الدلال ما إذا كان الثمن عرضاً فاستأجر من يعرضه للبيع ، ثم اشترى السلعة به . . فتضم الأجرة إلىٰ قيمة العرض الذي هو الثمن .

(**ولو قَصَّر بنفسه أو كال أو حمل أو تطوع به شخص . . لم تدخل أجرتُه**) لأن السلعة لا تُعدُّ قائمة عليه إلا بما بذله ، بل طريقه أن يقول : (عملت فيه عملاً يساوي كذا) .

(**ولْيَعلما ثمنَه أو ما قام به ، فلو جهله أحدهما . . بطل على الصحيح**) لجهالة الثمن ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لأن الثمن فيه مبني على الثمن الأول ، ومعرفته سهلة ، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل العلم بمبلغ الثمن ، **والثالث** : إن علماه في المجلس . . صحَّ ، وإلا . . فلا .

(**وليُصدَّق البائع في قدرِ الثمن والأجل**) لأن بيع المرابحة مبني على الأمانة ؛ لاعتماد المشتري نظر البائع ، ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة أو حطّ ، فوجب عليه الصدقُ .

(**والشراءِ بالعرض**) أي : إن اشترىٰ بعرض ذَكَرَ أنه اشتراه بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر علىٰ ذكر القيمة ؛ لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد .

(**وبيان العيب الحادث عنده**) أي : يبين حدوثه عنده ، أما مطلق العيب . . فيجب بيانه ، قديماً كان أو حديثاً ، وكذا يجب أيضاً الإخبار بالغبن ، والشراء من ابنه الطفل ، وكذا إذا اشتراه بدين على البائع وكان مماطلاً .

فَلَوْ قَالَ : (بِمِئَةٍ) ، فَبَانَ بِتِسْعِينَ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَحُطُّ ٱلزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا ، وَأَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي . وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِئَةٌ وَعَشَرَةٌ وَصَدَّقَهُ ٱلْمُشْتَرِي . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ فِي ٱلأَصَحِّ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِغَلَطِهِ وَجْهاً مُحْتَمَلاً . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلاَ بَيِّنَتُهُ ، وَلَهُ تَحْلِيفُ ٱلْمُشْتَرِي أَنَّهُ لاَ يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(**فلو قال : « بمئة »**) وباعه بربح درهم لكلِّ عشرة مثلاً (**فبان بتسعين**) بإقراره أو ببينة (. . **فالأظهر : أنه يَحطُّ الزيادةَ وربحَها**) لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول فتُحطُّ الزيادةُ عنه ؛ كما في الشفعة ، **والثاني** : لا يُحطُّ شيء ؛ لأنه سمىٰ ثمناً معلوماً وعقد به .

(**وأنه لا خيار للمشتري**) لأنه رضي بالأكثر ، فأولىٰ أن يرضىٰ بالأقل ، **والثاني** : يثبت ؛ لأنه قد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لإبرار قسم أو إنفاذ وصية .

قال السبكي : **ومحل القولين** : ما إذا قال : (بعتك برأس مالي وهو مئة وربح كذا) ، أما لو قال : (اشتريته بمئة ، وبعتكه بمئة وعشرة) . . فلا حط ، ولا خيار ؛ لتقصير المشتري بتصديقه ، قاله القاضي الحسين . انتهىٰ .

لكن في « الشرح » و« الروضة » في (فصل تحريم النجش) : أنه لو قال البائع : (أعطيت بهـٰذه السلعة كذا) ، فصدقه واشتراه ، فبان خلافه . . قال ابن الصباغ : في ثبوت الخيار الوجهان ؛ أي : في مسألة النجش[1] .

(**ولو زعم أنه مئةٌ وعشرةٌ ، وصدقه المشتري . . لم يصحَّ البيع في الأصحِّ**) لتعذر إمضائه ؛ فإن العقد لا يحتمل الزيادةَ ، وأما النقصان . . فهو معهودٌ ؛ بدليل الأرش .

(**قلت : الأصحُّ : صحته ، والله أعلم**) كما لو غلط بالزيادة ، **فعلىٰ هـٰذا الأصح** : لا تثبت الزيادة ، ويتخير البائع ، **وقيل** : تثبت مع ربحها ، ويخير المشتري .

(**وإن كذبه ولم يُبين لغلطه وجهاً محتملاً . . لم يقبل قولُه**) لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حقُّ آدمي (**ولا بيِّنته**) لأنه مكذب لها بقوله الأول .

(**وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك في الأصح**) لأنه ربما يقر عند عرض

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ١٣١) ، روضة الطالبين (٣/ ٤١٦) .

وَإِنْ بَيَّنَ . . فَلَهُ ٱلتَّحْلِيفُ ، وَٱلأَصَحُّ : سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ .

اليمين عليه ، **والثاني** : لا ؛ كما لا تسمع بينته ، فعلى الأول : لو نكل . . قال الرافعي تبعاً للبغوي والقاضي : إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار . . ردت ، وإن قلنا : كالبينة . . فلا[1] .

وقضيته : تصحيح الرد ؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار **على الأصح** .

وحذف من « الروضة » هـٰذا البناء الذي يؤخذ منه تصحيح الرد ، ثم صححه من زيادته[2] .

(وإن بَيَّن) كأن قال : (ورد كتاب وكيلي بأنه اشتراه بكذا) فبان مزوراً (. . **فله التحليف**) لأن ذلك يحرك ظن صدقه .

(**والأصحُّ** : **سماع بينته**) قياساً على التحليف ، والجامع بينهما العذر ، **والثاني** : لا ؛ لتكذيبه لها ، قال في « المطلب » : **وهـٰذا هو المشهور والمنصوص** .

* * *

---

(١) التهذيب (٣/ ٤٨٧) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٢٧) .
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٣٧) .

بابُ الأصول والثِّمار

قَالَ : (بِعْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلأَرْضَ أَوِ ٱلسَّاحَةَ أَوِ ٱلْبُقْعَةَ) ، وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي ٱلْبَيْعِ دُونَ ٱلرَّهْنِ . وَأُصُولُ ٱلْبَقْلِ ٱلَّتِي تَبْقَىٰ سَنَتَيْنِ ـ كَٱلْقَتِّ وَٱلْهِنْدَبَاءِ ـ كَٱلشَّجَرِ ، . . . .

(باب) بيع (الأصول والثمار)

المراد بالأصول : الشجر والأرض، **والثمار** : جمع ثمر ، ومفرده الأصلي : ثمرة .

(**قال** : « **بعتك هـٰذه الأرض أو الساحة أو البقعة** ») أو العَرْصة (**وفيها بناء وشجر . . فالمذهب** : **أنه يدخل في البيع دون الرهن**) لأن البيع قوي يزيل الملك فاستتبع ، بخلاف الرهن ، **والطريق الثاني** : القطع بعدم الدخول فيهما ؛ لخروجهما عن مُسمَّى الأرض ، قال الرافعي : (ولاشك أنه أوضح في المعنىٰ)[1] ، **والثالث** : قولان فيهما : **أحدهما** : عدم الدخول ؛ لما ذكرناه ، **والثاني** : الدخول فيهما ؛ لأنهما للدوام فأشبها أجزاء الأرض .

وكان ينبغي أن يقول : (بعتك أو رهنتك) حتىٰ يستقيم قوله بعد ذلك : (**فالمذهب** : أنه يدخل في البيع دون الرهن) .

ومحل الخلاف : إذا أطلق ، فإن قال : (بما فيها) . . دخل قطعاً ، ولو قال : (دون ما فيها) . . فلا قطعاً ، ولو قال : (بحقوقها) . . دخل **على الأصح** .

وأطلق الشيخان الشجر ، وهو يشمل الرطب واليابس ، وقال ابن الرفعة : إن اليابسة لا تدخل ؛ **لأنها لا تراد للبقاء** ، **واستثنىٰ الأَذْرَعي** : ما لو عُرِّش على اليابسة ، أو جُعلت دِعامةً لجدار أو غيره . . فإنها تصير كالبناء ؛ لقرينة إرادة البقاء[2] .

والهبة والوقف والوصية كالبيع ، والإقرار كالرهن .

(**وأصول البَقْل التي تبقىٰ سنتين ؛ كالقت**) وهو القُرْط ، ويُسمَّى الرَّطبة والقَضْبة (**والهِنْدَباء كالشجر**) لبقائها ، فيجري فيها الطرق .

---

(١) الشرح الكبير (٤/٣٢٩) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٣٢٨) ، روضة الطالبين (٣/٥٣٨) .

وَلاَ يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً كَٱلْحِنْطَةِ وَٱلشَّعِيرِ وَسَائِرِ ٱلزُّرُوعِ . وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلأَرْضِ ٱلْمَزْرُوعَةِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي ٱلْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ ، وَلاَ يَمْنَعُ ٱلزَّرْعُ دُخُولَ ٱلأَرْضِ فِي يَدِ ٱلْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ إِذَا حَصَلَتِ ٱلتَّخْلِيَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْبَذْرُ كَٱلزَّرْعِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ ٱلزَّرْعِ . . . .

(**ولا يدخل**) في بيع الأرض (**ما يؤخذ دَفعةً ؛ كالحنطة والشعير وسائر الزروع**) كالجزر والفُجْل ، سواء أطلق الأرض أو قال : (بحقوقها) لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء ، فلم يدخل في بيع ما يثبت فيه ؛ كالطَّلْع المؤبر .

(**ويصحُّ بيع الأرض المزروعة على المذهب**) كما لو باع داراً مشحونة بأمتعته ، **والطريق الثاني** : تخريجها على القولين في بيع الدار المستأجرة ؛ لعدم استحقاقه منفعةَ هـٰذه المدة ، **وفرق الجمهور** : بأن يد المستأجر حائلة ، وبأنه لو كان في معنىٰ تلك الصورة . . لوجب أن يقطع بالفساد ؛ لجهالة مدة الزرع ؛ كدار المعتدة بالأقراء أو بالحمل .

وما أطلقه من الخلاف تبعاً للرافعي قيّده المتولي بما إذا كان الزرع يوجد دفعة واحدة ، أما لو كان يحصد مرة بعد أخرىٰ . . صحَّ قطعاً ، كذا نقله السبكي وأقره(1) ، وقال الإسنوي : إنه واضح ؛ فإن الزرع قد انتقل إلى المشتري .

(**وللمشتري الخيار إن جهله**) بأن يكون الزرع قد حدث بعد الرؤية وقبل البيع ؛ لتأخر الانتفاع ، فإن تركه البائع له ، أو فرغ الأرض في زمن يسير . . سقط خياره .

(**ولا يمنع الزرعُ دخول الأرض في يد المشتري وضمانِه إذا حصلت التخلية في الأصحِّ**) لوجود التسليم في الرقبة ، وهي المبيعة ، **والثاني** : لا ؛ لأنه لم يقدر على الانتفاع في الحال .

(**والبذر كالزرع**) فيما مرّ ؛ فإن كان زرعُ هـٰذا البَذْر يؤخذ دفعة كالحنطة . . لم يدخل في البيع ، وإلا . . دخل .

(**والأصحُّ** : **أنه لا أجرة للمشتري مدة بقاء الزرع**) إن جهل الزرع وأجاز العقد ؛

---

(1) الشرح الكبير (٤/ ٣٢٩) .

وَلَوْ بَاعَ أَرْضاً مَعَ بَذْرٍ أَوْ زَرْعٍ لاَ يُفْرَدُ بِٱلْبَيْعِ . . بَطَلَ فِي ٱلْجَمِيعِ ، وَقِيلَ : فِي ٱلأَرْضِ قَوْلاَنِ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ ٱلأَرْضِ ٱلْحِجَارَةُ ٱلْمَخْلُوقَةُ فِيهَا ، دُونَ ٱلْمَدْفُونَةِ ، وَلاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ ، وَيَلْزَمُ ٱلْبَائِعَ ٱلنَّقْلُ ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا ، . . . .

كالثمرة المؤبرة ، وكما لو باع داراً مشحونة بالأمتعة . . لا أجرة لمدة التفريغ ، **والثاني** : له ؛ لفوات المنفعة ، فلو علم الزرع . . فلا أجرة قطعاً .

وكلام المصنف يقتضي : استحقاق البائع ؛ لإبقاء الزرع ، **ومحله** : إذا شرط الإبقاء ، أو أطلق ، فإن شرط القطع . . ففي وجوب الوفاء به ترددٌ للأصحاب ، حكاه الإمام في آخر (كتاب الصلح)[1] .

(**ولو باع أرضاً مع بَذْر أو زرعٍ لا يُفرد**) كلٌّ منهما (**بالبيع**) بأن كانا مستورين (. . **بطل في الجميع ، وقيل : في الأرض قولان**) **مَدرك الخلاف** : ما مرّ في تفريق الصفقة ؛ لأن الإجارة فيما يصحُّ هل هي بجميع الثمن أم بالقسط ؟

فإن قلنا : بالقسط **وهو الأصح** . . فتبطل هنا في الجميع ؛ لتعذر التقسيط ؛ لأن الفرض أن الزرع والبَذْر لا يمكن معرفة قيمتهما ؛ لتعذر إفرادهما بالبيع .

وإن قلنا : بالجميع . . ففي الأرض القولان ، ثم هـٰذا في بَذْر لا يدخل في بيع الأرض ، فإن كان يدخل وهو بَذْر دائم النبات كالنخل والقَتِّ والهِنْدَباء . . فيصحُّ البيع فيه وفي الأرض ، ويكون ذكر البَذْر توكيداً ، قاله المتولي .

(**ويدخل في بيع الأرض الحجارةُ المخلوقة فيها**) لأنها من أجزائها ، وكذا المبنية فيها **على المذهب** في دخول البناء (**دون المدفونة**) كالكنوز .

(**ولا خيار للمشتري إن علم**) وإن ضرَّ قلعها ؛ كسائر العيوب .

(**ويلزم البائعَ النقلُ**) وللمشتري إجبارُه عليه تفريغاً لملكه ، بخلاف الزرع ؛ لأن له أمداً ينتظر .

(**وكذا إن جهل ولم يضرَّ قلعُها**) أي : لا خيار للمشتري ، وعلى البائع النقل وتسوية الأرض ؛ كما سيأتي .

وقول ابن الملقن بعد قول المصنف : (ولم يضرّ قلعها) : أي : ولا تركها . .

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٥١٠) .

وَإِنْ ضَرَّ . . فَلَهُ ٱلْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . لَزِمَ ٱلْبَائِعَ ٱلنَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ ٱلْأَرْضِ ، وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ مِثْلِ مُدَّةِ ٱلنَّقْلِ أَوْجُهٌ ، أَصَحُّهَا : تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ ٱلْقَبْضِ لاَ قَبْلَهُ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ ٱلْبُسْتَانِ : ٱلْأَرْضُ وَٱلشَّجَرُ وَٱلْحِيطَانُ ، وَكَذَا ٱلْبِنَاءُ عَلَىٰ ٱلْمَذْهَبِ ، وَفِي بَيْعِ ٱلْقَرْيَةِ : ٱلْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا ٱلسُّورُ ، لاَ ٱلْمَزَارِعُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَفِي بَيْعِ ٱلدَّارِ : ٱلْأَرْضُ ، وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّىٰ . . . .

يفهم أنه إذا ضرَّ تركها دون قلعها . . يثبت الخيار ، والمنقول في « الشرح » و« الروضة » : خلافه[1] .

(وإن ضرَّ) قلعها بأن نقص الأرض أو أحوج لمدةٍ لمثلها أجرةٌ (. . فله الخيار) دفعاً للضرر .

(فإن أجاز) أي : أمضى العقد (. . لزم البائعَ النقلُ) لتفريغ ملكه ، (وتسوية الأرض) بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة إلىٰ مكانه ، قاله في « المطلب » .

(وفي وجوب أجرة مثل مدة النقل أوجه ، أصحها : تجب إن نقل بعد القبض لا قبله) بناء على الأصح : أن جناية البائع كالآفة ، وإن قلنا : إنها كجناية الأجنبي . . فهو كما لو نقل بعد القبض ، وقيل : لا تجب مطلقاً ؛ لأن إجازة المشتري رضاً منه بتلف المنفعة ، وقيل : يجب مطلقاً .

(ويدخل في بيع البستان : الأرض والشجر والحيطان) لدخولها في مُسمّاه ، بل لا تُسمّىٰ بستاناً بدون حائط ، (وكذا البناء على المذهب) هو إشارة إلى الطرق السالفة في تبعية البناء للأرض .

(وفي بيع القرية : الأبنية وساحاتٌ يُحيط بها السور) لدخولها في الاسم (لا المزارع على الصحيح) لعدم دخولها في مُسمّاه ؛ بدليل : أنه لو حلف : (لا يدخل قرية) . . لم يحنث بدخول مزارعها ، والثاني : يدخل ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، والثالث : إن قال : (بحقوقها) . . دخلت ، وإلا . . فلا .

(وفي بيع الدار : الأرض ، وكلُّ بناء) لأن الدار اسم للأرض والبناء (حتىٰ

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٧٢٦) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٣١) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٤٢) .

حَمَّامُهَا ، لاَ ٱلْمَنْقُولُ كَٱلدَّلْوِ وَٱلْبَكَرَةِ وَٱلسَّرِيرِ ، وَتَدْخُلُ ٱلأَبْوَابُ ٱلْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَٱلإِجَّانَاتُ ، وَٱلرَّفُّ وَٱلسُّلَّمُ ٱلْمُسَمَّرَانِ ، وَكَذَا ٱلأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيِ ٱلرَّحَىٰ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱلأَعْلَىٰ ، وَمِفْتَاحُ غَلَقٍ مُثْبَتٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي بَيْعِ ٱلدَّابَّةِ : نَعْلُهَا ، وَكَذَا ثِيَابُ ٱلْعَبْدِ فِي بَيْعِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ : لاَ تَدْخُلُ ثِيَابُ ٱلْعَبْدِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

حمامها) لأنه معدود من مرافقها ، **(لا المنقول كالدَّلو والبَكَرَة والسرير)** غير المُسمَّىٰ ؛ لخروجها عن الاسم .

(وتدخل الأبواب المنصوبة وحِلَقُها والإجَّانات) المثبتات ، وهي ما ينتفع بها في غسل الثياب ونحوها .

(والرَّفُّ والسلم المُسمَّران ، وكذا الأسفل من حجري الرحىٰ) المثبت **(على الصحيح)** لأن الجميع معدودة من أجزاء الدار ؛ لاتصالها بها .

ووجه عدم دخول الحجر : أنه منقول ، وإنما أثبت لسهولة الارتفاق به ؛ كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال ، وهـٰذا الوجه جار أيضاً في الإجانة والرف والسلم ؛ كما ذكره في « المحرر »[1] ، وأهمله المصنف في « اختصاره » .

واحترز بـ(المنصوبة) : عن المقلوعة ؛ فإنها لا تدخل ؛ لانتفاء المعنى المتقـدم .

(والأعلىٰ ، ومفتاح غلقٍ مُثبَت في الأصح) لأنهما تابعان لشيء مثبت ، **والثاني** : لا ؛ كسائر المنقولات .

(وفي بيع الدابة : نعلها) لاتصاله بها ، **(وكذا ثياب العبد)** التي عليه حال العقد **(في بيعه في الأصحِّ)** للعرف .

(قلت : الأصحُّ : لا تدخل ثياب العبد ، والله أعلم) لأن اللفظ لا دلالة له عليها ؛ كما لا يدخل السرج في الدابة ، **وقيل** : يدخل ساتر العورة فقط ؛ للضرورة ، والأمة كالعبد ، فلو عبر بالرقيق . . لكان أولىٰ .

* * *

---

(١) المحرر (ص١٥٢) .

فَرْعٌ

[في دخول ما يتبع المبيع في البيع]

بَاعَ شَجَرَةً . . دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا ـ وَفِي وَرَقِ ٱلتُّوتِ وَجْهٌ ـ وَأَغْصَانُهَا إِلاَّ ٱلْيَابِسَ ، وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ ٱلْقَلْعِ أَوِ ٱلْقَطْعِ ، وَبِشَرْطِ ٱلإِبْقَاءِ ، وَٱلإِطْلاَقُ يَقْتَضِي ٱلإِبْقَاءَ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ ٱلْمَغْرِسُ لَـٰكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتِ ٱلشَّجَرَةُ . . . .

(**فرع : باع شجرة . . دخل عُروقها وورقها**) لأنهما من أجزائها ، (**وفي ورق التوت**) الأبيض الربيعي (**وجه**) لأنه يقصد لتربية دود القز ، فكان كثمار سائر الأشجار ، وأما الخريفي الأحمر . . فللمشتري قطعاً ، **ومحله أيضاً** : إذا كان ورقَ أنثىٰ ؛ كما قاله في « المطلب » ، قال : فإن الأصحاب صرحوا في (المساقاة) بأن ورق الذكر لا يصلح لذلك ، **والأصح** : الدخول مطلقاً ؛ كما في سائر الأشجار .

(**وأغصانُها**) لأن ذلك معدود منها (**إلا اليابس**) فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة ؛ لأن العادة فيه القطع ؛ كالثمرة .

وظاهره : عود الاستثناء إلى الثلاثة ، لكن قال الإسنوي : تعبيره يقتضي : أنه لا فرق في العروق والأوراق بين اليابسة وغيرها ، وهو مقتضىٰ إطلاق الرافعي أيضاً ، وصرح به في « الكفاية » في العروق خاصة[1] .

(**ويصح بيعها بشرط القلع أو القطع**) رطبة كانت أو يابسة ، وتدخل العروق عند شرط القلع دون شرط القطع ، بل تبقىٰ للبائع ، (**وبشرط الإبقاء**) إذا كانت رطبة ، فإن شرط إبقاء اليابسة . . لم يصحَّ البيع ؛ كما لو اشترىٰ ثمرة وشرط عدم القطع عند الجَذاذ .

(**والإطلاق يقتضي الإبقاءَ**) تحكيماً للعادة (**والأصح : أنه لا يدخل المَغْرِس**) بكسر الراء حيث استحق الإبقاء ، سواء كان بالاشتراط أم بالإطلاق ؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله ، **والثاني** : يدخل ؛ لأنه مستحق الانتفاع به لا إلىٰ غاية ، فدلَّ على الملك .

(**لكن يستحق منفعتَه ما بقيت الشجرةُ**) بلا عوض .

---

(١) الشرح الكبير (٤/٣٣٨) ، كفاية النبيه (٩/١٨٣) .

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً . . لَزِمَ ٱلْمُشْتَرِيَ ٱلْقَلْعُ . وَثَمَرَةُ ٱلنَّخْلِ ٱلْمَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوِ ٱلْمُشْتَرِي . . عُمِلَ بِهِ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ . . فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِلاَّ . . فَلِلْبَائِعِ . وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلاَ نَوْرٍ ـ كَتِينٍ وَعِنَبٍ ـ إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ . . فَلِلْبَائِعِ ، وَإِلاَّ . . فَلِلْمُشْتَرِي . وَمَا خَرَجَ فِي نَوْرٍ ثُمَّ سَقَطَ ؛ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ ٱلثَّمَرَةُ ، وَكَذَا إِنِ ٱنْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ ٱلنَّوْرُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبَعْدَ ٱلتَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ نَخَلاَتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ . . فَلِلْبَائِعِ ، . . . .

(**ولو كانت يابسةً . . لزم المشتري القلعُ**) للعادة .

(**وثمرةُ النخل المبيعِ إن شُرطت للبائع ، أو المشتري . . عُمل به**) وفاء بالشرط .

(**وإلا**) أي : وإن لم يقع شرط (**فإن لم يتأبّر منها شيء . . فهي للمشتري ، وإلا**) أي : وإن تأبر منها شيء (. . **فللبائع**) لقوله عليه السلام : « مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ . . فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهَا ٱلْمُبْتَاعُ » متفق علىٰ صحته(١) .

والمراد بالتأبير : تشقق الطلع في وقته سواء أكان بنفسه أم بغيره ، ولا أثر لما تشقق في غير وقته .

(**وما يخرج ثمرُه بلا نَوْرٍ**) وهو الزهر علىٰ أيِّ لون كان (**كتين وعنب ، إن برز ثمرُه . . فللبائع ، وإلا . . فللمشتري**) لأن البروز هنا كالتشقق في النخل .

(**وما خرج في نَوْر ثم سقط ؛ كمِشْمِش وتفاح . . فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة**) لأنها كالمعدومة ، (**وكذا إن انعقدت ولم يتناثر النَّوْرُ في الأصح**) لأن استتارها بالنور بمنزلة استتار ثمرة النخلِ بكمامه ، **والثاني** أنها للبائع ؛ تنزيلاً لاستتارها بالنَّوْر منزلة استتار ثمرة النخل بعد التأبير بالقشر الأبيض .

(**وبعد التناثر للبائع**) لظهورها .

(**ولو باع نخلات بستان مطلعةً وبعضها مؤبر . . فللبائع**) ثمرتها ، وكذا ما اطلع بعد البيع ؛ لأنا لو جعلنا المؤبر خاصة للبائع ، وغيره للمشتري . . لاحتجنا إلى التتبّع والفحص ، وفيه عسر عظيم(٢) .

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٠٤) ، صحيح مسلم (١٥٤٣/٧٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) وإنما ألحق غير المؤبر بالمؤبر دون عكسه ؛ لأن غير المؤبر صائر إلى المؤبر دون عكسه . اهـ هامش (أ) .

فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ . . فَلِلْمُشْتَرِي فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ . . فَٱلأَصَحُّ : إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ . وَإِذَا بَقِيَتِ ٱلثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ، فَإِنْ شُرِطَ ٱلْقَطْعُ . . لَزِمَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى ٱلْجِدَادِ . وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا ٱلسَّقْيُ إِنِ ٱنْتَفَعَ بِهِ ٱلشَّجَرُ وَٱلثَّمَرُ ، وَلاَ مَنْعَ لِلآخَرِ ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا . . لَمْ يَجُزْ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا ، وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا . . فُسِخَ ٱلْعَقْدُ إِلاَّ أَنْ يُسَامِحَ ٱلْمُتَضَرِّرُ ، وَقِيلَ : لِطَالِبِ ٱلسَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ . . . .

وهـٰذه المسألة قد عُلم حكمُها من قوله قبل ذلك : (وثمرة النخل . . .) إلىٰ آخره ، ولكن ذكر هنا تفصيل ذلك الحكم .

(فإن أفرد ما لم يُؤبَّر) من بستان واحد (. . **فللمشتري في الأصح**) لانقطاع التبعية بإفراده بالبيع ، **والثاني** : للبائع ؛ اكتفاء بدخول وقت التأبير .

(ولو كانت في بستانين) واتحدت الصفقة والمالك (. . **فالأصح** : إفراد كلِّ بستان بحكمه) لأن اختلاف البقاع له أثر بيّن في وقت التأبير ، **والثاني** : أن غير المؤبر يتبع المؤبرَ ؛ لاتحاد الصفقة ، فأشبها نخيلَ البستان الواحد .

(وإذا بقيت الثمرةُ للبائع) بالشرط أو بالتأبير (فإن شُرط القطعُ . . لزمه) وفاءً بالشرط ، (وإلا) أي : وإن لم يشرط القطع ، بل شرط البقاء ، أو أطلق (. . فله تركها إلى الجَداد) وفاءً بالشرط في الأول ، والعادةِ في الثاني .

(ولكلٍّ منهما السقي إن انتفع به الشجر والثمر ، ولا منع للآخر) لأن منعه والحالةُ هـٰذه سَفَهٌ .

(وإن ضرَّهما . . لم يجز إلا برضاهما) فمن طلبه منهما . . كان للآخر منعه ؛ لأنه يضرُّ صاحبَه بغير نفع يعود إليه ، فهو سَفَهٌ وتضييع .

(وإن ضرَّ أحدَهما وتنازعا . . فُسخ العقد) لأنه ليس أحدهما أولىٰ من الآخر (إلا أن يسامح المتضررُ) لزوال التنازع ، قال ابن الملقن : (**وفيه نظر** ؛ لأنها إضاعةُ مال ، وهي محرمة) انتهىٰ[1] ، وفي النظر نظرٌ ، بل هي إحسان وبرّ[2] .

(وقيل : لطالب السقي أن يَسقي) لدخول الآخر في العقد علىٰ ذلك .

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٧٢٩) .

(٢) في (ب) و(د) : (بل هي إحسان ومسامحة) .

وَلَوْ كَانَ ٱلثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ ٱلشَّجَرِ . . لَزِمَ ٱلْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ .

فَصْلٌ

[في بيان بيع الثمر والزرع وبدو صلاحهما]

يَجُوزُ بَيْعُ ٱلثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلاَحِهِ مُطْلَقاً ، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ . وَقَبْلَ ٱلصَّلاَحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِداً عَنِ ٱلشَّجَرِ . . لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِشَرْطِ ٱلْقَطْعِ ، وَأَنْ يَكُونَ ٱلْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعاً بِهِ ، لاَ كَكُمَّثْرَىٰ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ ٱلشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي . . جَازَ بِلاَ شَرْطٍ . . . . . .

(ولو كان الثمر يَمتص رطوبةَ الشجر . . لزم البائعَ أن يقطع أو يسقي) دفعاً لضرر المشتري .

* * *

(فصل : يجوز بيع الثمر بعد بدوِّ صلاحه مطلقاً) أي : بغير شرط قطع ولا تبقية ، (وبشرط قطعه ، وبشرط إبقائه) لأنه صلى الله عليه وسلم (نهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها) متفق عليه[1] ، فدلَّ على الجواز بعد بدوِّ الصلاح ، ولم يخصه بحالة من الأحوال ، فدلَّ على التعميم .

(وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر . . لا يجوز إلا بشرط القطع) للحديث المارّ ؛ فإنه يدلُّ بمنطوقه على المنع مطلقاً .

خرج البيع المشروط فيه القطعُ بالإجماع ، فبقي ما عداه على الأصل .

ويستثنىٰ : ما لو كان الثمر علىٰ شجرة مقطوعة فباعه . . فإنه لا يشترط القطع ؛ لأن الثمر لا يبقىٰ عليها ، فينزل ذلك منزلة الشرط .

(وأن يكون المقطوع منتفعاً به ، لا ككمّثرىٰ) لا حاجة إلىٰ هـٰذا الشرط ؛ فإن كلَّ مبيع شرطه ذلك .

(وقيل : إن كان الشجر للمشتري) والثمرة للبائع ؛ كأن وهب الثمرة لإنسان أو باعها له بشرط القطع ، ثم اشتراها منه (. . جاز بلا شرط) لأنهما يجتمعان في ملك شخص واحد ، فأشبه ما لو اشتراهما معاً ، وصححه في « الروضة » في (باب

---

(١) صحيح البخاري (٢١٩٧) ، صحيح مسلم (١٥/١٥٥٥) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ ٱلشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنَا ٱلْقَطْعَ . . لَمْ يَجِبِ ٱلْوَفَاءُ بِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ بِيعَ مَعَ ٱلشَّجَرَةِ . . جَازَ بِلاَ شَرْطٍ ، وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ . وَيَحْرُمُ بَيْعُ ٱلزَّرْعِ ٱلأَخْضَرِ فِي ٱلأَرْضِ إِلاَّ بِشَرْطِ قَطْعِهِ ، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَوْ بَعْدَ ٱشْتِدَادِ ٱلْحَبِّ . . . .

المساقاة) ، وأيد بعدم وجوب الوفاء بشرطه[1] .

(**قلت : فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطعَ . . لم يجب الوفاءُ به ، والله أعلم**) إذ لا معنىٰ لتكليفه قطعَ ثماره من أشجاره .

(**وإن بيع مع الشجرة . . جاز بلا شرط**)[2] لأن الثمرة هنا تبع للأصل ، وهو غير متعرض للعاهة ، وهـٰذا إذا لم يفصل الثمن ، فإن فصله : (كبعتك الشجرة بمئة ، والثمرة بعشرة) . . لم يصحَّ ؛ لانتفاء التبعية .

ويستثنىٰ : ما إذا باع البطيخ ونحوه مع أصله . . فلا بدَّ من شرط القطع ؛ لأن الأصل متعرضٌ للعاهة ، بخلاف الشجر والثمر ، قاله الإمام والغزالي ، وفيه بحث للرافعي ، فإن باعه مع الأرض . . استغنىٰ عن شرط القطع ، فالأرض ، كالشجر[3] .

(**ولا يجوز بشرط قطعه**) لأن فيه حَجْراً على المشتري في ملكه ، والفرق بينه وبين ما إذا باعها من مالك الأصل : أنها هنا تابعة ، فاغتفر الغرر ؛ كأساس الجدار .

(**ويحرم بيع الزرع الأخضر**) والبقول ؛ كما قاله في « المحرر »[4] (**في الأرض إلا بشرط قطعه**) أو قلعه ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام (نهىٰ عن بيع ثمرة النخل حتىٰ تُزهي ، والسنبل حتىٰ يَبْيَضَّ ، ويأمنَ العاهةَ) رواه مسلم[5] .

وفيه إشارة إلى العلة المجوزة لبيعه بشرط القطع ؛ لأنه أمن العاهة ، فإن باعه من غير شرط . . لم يصحَّ البيع .

(**فإن بيع**) الزرع الأخضر (**معها**) أي : مع الأرض ، (**أو بعد اشتداد الحَبِّ**)

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ١٦٢) .

(٢) في (ب) و(د) : (وإن بيع مع الشجر) .

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٥١) ، الوسيط (٣/ ١٨٣) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٥١) .

(٤) المحرر (ص١٥٤) .

(٥) صحيح مسلم (١٥٣٥/ ٥٠) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

.. جَازَ بِلاَ شَرْطٍ ، وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ ٱلثَّمَرِ بَعْدَ ٱلصَّلاَحِ : ظُهُورُ ٱلْمَقْصُودِ ؛ كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ . وَمَا لاَ يُرَىٰ حَبُّهُ ؛ كَٱلْحِنْطَةِ وَٱلْعَدَسِ فِي ٱلسُّنْبُلِ . . لاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ ، وَلاَ مَعَهُ فِي ٱلْجَدِيدِ . وَلاَ بَأْسَ بِكِمَامٍ لاَ يُزَالُ إِلاَّ عِنْدَ ٱلأَكْلِ . وَمَا لَهُ كِمَامَانِ ؛ كَٱلْجَوْزِ وَٱللَّوْزِ وَٱلْبَاقِلاَءِ . . يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ ٱلأَسْفَلِ ، وَلاَ يَصِحُّ فِي ٱلأَعْلَىٰ ، وَفِي قَوْلٍ : يَصِحُّ إِنْ كَانَ رَطْباً . . . .

وحده (. . **جاز بلا شرط**) **أما الأول** : فكبيع الثمرة مع الشجرة ، **وأما الثاني** : فكبيع الثمرة بعد بدوِّ الصلاح .

(**ويشترط لبيعه**) أي : بيع الزرع (**وبيع الثمر بعد الصلاح : ظهور المقصود**)(1) لئلا يكون بيع غائب (**كتين وعنب وشعير**) ونحوها مما يظهر ثمره أو حبه ؛ لحصول الرؤية .

(**وما لا يُرىٰ حبُّه ؛ كالحنطة والعدس في السنبل . . لا يصحُّ بيعه دون سُنْبله**) لاستتاره (**ولا معه في الجديد**) لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه ، فأشبه الحنطة في تِبْنها بعد الدِّياس ؛ فإنه لا يصحُّ قطعاً ، **والقديم** : الجواز ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته .

والأَرُزُّ كالشعير **على المذهب** ، **وقيل** : كالحنطة .

(**ولا بأس بِكِمام لا يُزال إلا عند الأكل**) كالرمان والعَلَس ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته .

والكِمام بكسر الكاف : أوعية طلع النخل .

(**وما له كِمامان ؛ كالجوز واللوز والباقلاءِ . . يباع في قشره الأسفل**) لأن بقاءه فيه من مصلحته (**ولا يصحُّ في الأعلىٰ**) لاستتاره بما ليس من مصلحته ، (**وفي قول : يصحُّ إن كان رطباً**) لأنه يصون القشرةَ السفلىٰ ، ويحفظ رطوبة اللُّبِّ ، فكان من مصلحته ، وصححه جماعة في الباقلاء ، ونقله الروياني عن تصحيح الأصحاب ، والإجماعُ الفعلي عليه ، وقد أمر الشافعي الربيع أن يشتري له الباقلاء الأخضر(2) .

---

(1) في (ب) و(د) : (وبيع الثمر بعد بدوِّ الصلاح) .

(2) بحر المذهب (٦/ ١٩٥) .

وَبُدُوُّ صَلاَحِ ٱلثَّمَرِ : ظُهُورُ مَبَادِىءِ ٱلنُّضْجِ وَٱلْحَلاَوَةِ فِيمَا لاَ يَتَلَوَّنُ ، وَفِي غَيْرِهِ : بِأَنْ يَأْخُذَ فِي ٱلْحُمْرَةِ أَوِ ٱلسَّوَادِ . وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلاَحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَ بُسْتَانٍ أَوْ بُسْتَانَيْنِ بَدَا صَلاَحُ بَعْضِهِ . . فَعَلَىٰ مَا سَبَقَ فِي ٱلتَّأْبِيرِ . . . .

ويستثنىٰ من **إطلاقه** تصحيحَ المنع : اللوزُ في القشرة العليا قبل انعقاد السفلىٰ ؛ فإنه يجوز [كما قاله في « شرح المهذب »][1] لأنه مأكول كلُّه ؛ كالتفاح[2] .

(وبدو صلاح الثمر : ظهورُ مبادىء النُّضْج والحلاوة فيما لا يَتلون) بأن يَصفرَّ ويلين[3] .

(وفي غيره : بأن يأخذ في الحمرة أو السواد) لما رواه الشيخان عن أنس قال : (نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتىٰ تُزْهِيَ ، قالوا : وما تُزْهِيَ ، قال : حتىٰ تحمر) ، وفي رواية لمسلم : (قلنا لأنس : ما زَهْوُها ؟ قال : تحمر وتصفر)[4] .

وقد نقض الرافعي الحدَّ المذكور بالقثاء الصغار ، وورق الفِرْصاد والزرع ، ثم قال : **والضابط** : أن ينتهي إلى الحالة التي يقصد منها غالباً[5] .

(ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قلَّ) ولو حبة واحدة ؛ كعنبة ؛ لأن الله تعالى امتنّ علينا فجعل الثمار لا تطيب دفعة واحدة ؛ إطالة لزمن التفكه ، فلو اشترطنا في المبيع طيب جميعه . . لأدىٰ إلىٰ ألا يباع شيء ، أو تباع الحبة بعد الحبة ، وفي كلٍّ منهما حرج ، ولا يغني صلاح جنس عن جنس آخر ، وإليه أشار بقوله : (بعضه) .

(ولو باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه . . فعلىٰ ما سبق في التأبير) فلا يتبع جنس غيره ولا جنسه إذا أفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه **على الأصح** ، ولا إذا اختلف البستانان **على المذهب** ، ويتبع إذا اختلف النوع **على الأصح** .

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .
(٢) المجموع (٩/ ٢٩٢) .
(٣) في غير (أ) : (بأن يصفو ويلين) .
(٤) صحيح البخاري (٢١٩٩) ، صحيح مسلم (١٥٥٥) .
(٥) الشرح الكبير (٤/ ٣٥٠ـ ٣٥١) .

وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلاَحُهُ . . لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ ٱلتَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا . وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا ؛ كَبَرْدٍ . . فَٱلْجَدِيدُ : أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ ٱلْمُشْتَرِي ، . . . .

(**ومن باع ما بدا صلاحُه**) زرعاً كان أو ثمرة ولم يشرط القطع (. . **لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها**) قدر ما تنمو به الثمار ، وتسلم عن التلف والفساد ؛ لأنه من تتمة التسليم الواجب ؛ كالكيل في المكيلات ، والوزن في الموزونات ، فيكون على البائع حتىٰ لو شرط على المشتري . . بطل ؛ لأنه مخالف لمقتضاه .

(**ويتصرفُ** مشتريه **بعدها**) أي : بعد التخلية ، ولا يشترط القطع والنقل ؛ لأنه لما كان متروكاً إلىٰ مدة . . جُعل قبضُه قبل تلك المدة بالتخلية ؛ لشبهه فيها بالعقار .

(**ولو عرض مهلك**) سماوي (**بعدها**) أي : بعد التخلية (**كبرد**) أي : بفتح الراء وإسكانها ، كما ضبطه المصنف بخطه (. . **فالجديد : أنه من ضمان المشتري**) لأن التخلية كافية في جواز التصرف ، فكانت كافيةً في نقل الضمان قياساً على العقار ، وفي « صحيح مسلم » : أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ » ، فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاءَ دينه ، فقال عليه الصلاة والسلام لغرمائه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلاَّ ذَلِكَ »[1] .

فلو كانت الجائحة من ضمان البائع . . لأسقط النبي صلى الله عليه وسلم عنه الديون التي لحقته من ثمن الثمار التالفة .

والقديم ـ وحكي عن النصّ من الجديد ـ : أنه من ضمان البائع[2] ، بشرط كون المشتري غيرَ مالك للشجر ، وأن يحصل التلف قبل إمكان الجِذاذ ؛ لأنه عليه السلام أمر بوضع الجوائح ، كما رواه مسلم[3] ، والأول حمله على الندب ، أو علىٰ ما قبل التخلية ؛ جمعاً بين الأدلة .

واحترز بقوله : (**بعدها**) : عما إذا حصل قبلها . . فإنه من ضمان البائع .

---

(١) صحيح مسلم (١٥٥٦) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .
(٢) في (أ) : (وحكي عن الصرف من الجديد) .
(٣) صحيح مسلم (١٥٥٤/ ١٤) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

فَلَوْ تعَيَّبَ بِتَرْكِ ٱلْبَائِعِ ٱلسَّقْيَ . . فَلَهُ ٱلْخِيَارُ . وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلاَحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّىٰ هَلَكَ . . فَأَوْلَىٰ بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ ٱلْمُشْتَرِي . وَلَوْ بِيعَ ثَمَرٌ يَغْلِبُ تلاَحُقُهُ وَٱخْتِلاَطُ حَادِثِهِ بِٱلْمَوْجُودِ ؛ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ . . لَمْ يَصِحَّ إِلاَّ أَنْ يَشْرِطَ ٱلْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِهِ . وَلَوْ حَصَلَ ٱلِاخْتِلاَطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَنْفَسِخُ ٱلْبَيْعُ بَلْ يَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي ، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ ٱلْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ . . سَقَطَ خِيَارُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(فلو تعيب بترك البائع السقي . . فله الخيار) أي : للمشتري ؛ لأن السقي لما كان لازماً للبائع . . كان التعيب الحادثُ بتركه كالمتقدم على القبض ، حتىٰ لو تلف بذلك . . انفسخ العقد أيضاً .

(ولو بيع قبل صلاحه بشرط قطعه ولم يُقطع حتىٰ هلك . . فأولىٰ بكونه من ضمان المشتري) فيما إذا اقتضى الحال البقاء إلى الجِذاذ فيما تقدم ؛ للتقصير هنا .

(ولو بيع ثمرٌ يغلب تلاحقُه واختلاطُ حادثه بالموجود ؛ كتين وقِثَّاء . . لم يصحَّ) لأنه غير مقدور علىٰ تسليمه (إلا أن يشرط المشتري قطعَ ثمره) فيصحُّ ؛ لانتفاء المحذور ؛ فإنه حينئذ يجب القطع ، ويأمن الاختلاط ، فإن اختلط لتأخر القطع . . كان على الخلاف الآتي .

(ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه . . فالأظهر : أنه لا ينفسخ البيع) لبقاء عين المبيع ، وتسليمه ممكن بالطريق الآتي ، **والثاني** : ينفسخ ؛ لتعذر التسليم المستحق ، وهو تسليم المبيع وحده ، وهـٰذا ما صححه المصنف في « نكت الوسيط » ونقل عن الأكثرين ، ونصَّ عليه في « الأم » و« الإملاء » ، واختاره السبكي(١) .

والأول : نقل الرافعي في « الكبير » ترجيحَه عن « الوجيز » خاصة ، ولم يصرح برده ولا اختياره ، وصرح برجحانه في « المحرر » و« الشرح الصغير » ، وكذلك المصنف في « الروضة »(٢) .

(بل يتخير المشتري) لأن الاختلاط عيب حدث قبل التسليم .

(فإن سمح له البائع بما حدث . . سقط خياره في الأصحِّ) لزوال المحذور ،

---

(١) الأم (٤/ ٩١) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٣٦١ ، ٣٦٢) ، المحرر (ص١٥٥) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٨) .

وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ ؛ وَهُوَ : ٱلْمُحَاقَلَةُ ، وَلاَ ٱلرُّطَبِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِتَمْرٍ ؛ وَهُوَ : ٱلْمُزَابَنَةُ . وَيُرَخَّصُ فِي ٱلْعَرَايَا ، وَهُوَ : بَيْعُ ٱلرُّطَبِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي ٱلأَرْضِ ، أَوِ ٱلْعِنَبِ فِي ٱلشَّجَرِ بِزَبِيبٍ ، . . . .

والثاني : لا يسقط ؛ لما في قبوله من المنة .

وما ذكره من الترتيب تبع فيه الإمام والغزالي ، وهو يقتضي إثبات الخيار للمشتري أولاً حتىٰ يجوز له المبادرة إلى الفسخ ، فإن بادر البائع أولاً فسامح . . سقط خياره[1] ، قال في « المطلب » : وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب ؛ فإنهم عكسوا فخيروا البائعَ أولاً ، فإن سمح بحقه . . أقر العقد ، وإلا . . فسخ ، وقال السبكي : **إن هـٰذا أشبه** ، والفاسخ الحاكم .

(**ولا يصحُّ بيع الحنطة في سُنبلها بصافيةٍ ، وهو : المُحاقلة ، ولا الرطبِ على النخل بتمر ، وهو : المزابنة**) للنهي عنهما ، متفق عليه[2] ، **ووجهه** : عدم العلم بالمماثلة ، و(**المحاقلة**) : مأخوذة من الحَقْل ، وهي : الساحة التي تزرع ، سميت محاقلةً ؛ لتعلقها بزرع في حَقْل ، قاله الرافعي ، وقال الماوردي : الحَقْل هو السُّنْبل ، وهو في لسان العرب : الموضع الذي يكون فيه الشيء ؛ كالمعدن ، و(**المزابنة**) : مأخوذة من الزَّبْن ، وهو : الدفع ، سميت بذلك ؛ لأنها مبنية على التخمين ، والغبن فيهما مما يكثر ، فيريد المغبون دفعه ، والغابن إمضاءه فيتدافعان[3] .

(**ويُرخَّص في العَرايا ، وهو : بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض ، أو العنبِ في الشجر بزبيب**) لأنه صلى الله عليه وسلم (نهىٰ عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص في بيع العرية أن تباع بخَرْصها يأكلها أهلها رُطَباً) متفق عليه[4] .

وأما في العنب : فلأنه زكوي يمكن خرصه ، ويدخر يابسه ، فكان كالرطب .

والثمر المذكور أولاً في الحديث هو : بالثاء المثلثة ، **والمراد به** : الرطب ، فِيمَا

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ١١٩ـ ١٢٠) ، الوسيط (٣/ ١٩١) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٨١) ، صحيح مسلم (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) الشرح الكبير (٤/ ٣٥٥) ، الحاوي الكبير (٦/ ٢٥٣) .

(٤) صحيح البخاري (٢١٩١) ، صحيح مسلم (١٥٤٠) عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه .

دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ، وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ . . جَازَ ، وَيُشْتَرَطُ ٱلتَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ ٱلتَّمْرِ كَيْلاً ، وَٱلتَّخْلِيَةِ فِي ٱلنَّخْلِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ فِي سَائِرِ ٱلثِّمَارِ ، . . . .

بخلاف المذكور ثانياً : فإنه بالمثناة ، قاله في « شرح مسلم »[1] .

وموضع الجواز : ما إذا لم تتعلق بالثمرة زكاة بأن خرصت عليه وضُمِّن ، أو قلنا : الخرص تضمين ، أو لنقصانها عن النصاب ، أو كفر صاحبها ، وحكم البُسْر : حكم الرطب في الجواز ، قاله الماوردي[2] ، قال ابن الملقن : (وعلىٰ هـٰذا ينبغي إلحاق الحِصْرم بالعنب)[3] وغلطه الأَذْرَعي ؛ لأن البُسْر مما بدا صلاحه ، بخلاف الحِصْرم .

واقتضىٰ كلام المصنف : المنع فيما إذا كانا معاً على الشجر أو على الأرض ، ومنع بيع الرطب بالرطب ، وهو كذلك .

(**فيما دون خمسة أوسق**) بتقدير الجفاف وإن كان الرطب الآن أكثر ؛ لما في « الصحيحين » عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق[4] ، فلذلك جوز دون الخمسة ؛ لأنه متفق عليه ، ومنع في الخمسة ؛ لأنا شككنا فيها ، والأصل : التحريم .

(**ولو زاد**) علىٰ دون خمسة أوسق (**في صفقتين**) كلٌّ منهما دون خمسة أوسق (. . **جاز**) قياساً على الصفقة الأولىٰ ، فلو زاد في صفقة واحدة . . فإن البيع يبطل في الجميع ، ولا يُخرَّج علىٰ تفريق الصفقة ؛ لأنه صار بالزيادة ربا ، فبطل في الجميع .

(**ويشترط التقابض بتسليم التمر كيلاً ، والتخليةِ في النخل**) والمماثلة بتقدير الجفاف ؛ لأنه مطعوم بمطعوم .

(**والأظهر : أنه لا يجوز في سائر الثمار**) كالخَوْخ وغيره مما يدخر يابسه ؛ لأنها متفرقة ومستورة بالأوراق ، فلا يتأتى الخرص فيها ، **والثاني** : يجوز قياساً على الرطب ، كما جوزنا في العنب بالقياس عليه .

---

(١) شرح مسلم (١٠/ ١٨٣) .
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٥٩) .
(٣) عجالة المحتاج (٢/ ٧٣٤) .
(٤) صحيح البخاري (٢١٩٠) ، صحيح مسلم (١٥٤١) .

وَأَنَّهُ لاَ يَخْتَصُّ بِٱلْفُقَرَاءِ .

(**وأنه لا يختص بالفقراء**) لإطلاق الحديث ، **والثاني** : يختص ؛ لأنهم سبب الرخصة كما ذكره الشافعي في « الأم » ، لكنه لم يسنده[1] .

ومثار الخلاف : أن العبرة بعموم اللفظ ، أو بخصوص السبب .

* * *

---

(١) الأم (٤/ ١١٠) .

بابُ اختلافِ المتبايعين

إِذَا ٱتَّفَقَا عَلَىٰ صِحَّةِ ٱلْبَيْعِ ، ثُمَّ ٱخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ ٱلثَّمَنِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوِ ٱلأَجَلِ أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ قَدْرِ ٱلْمَبِيعِ وَلاَ بَيِّنَةَ . . تَحَالَفَا ، . . . .

(باب اختلاف المتبايعين)

(**إذا اتفقا علىٰ صحة البيع ، ثم اختلفا في كيفيته ؛ كقدر الثمن**) وما يدعيه البائع أكثر ، (**أو صفته**) كقوله : (بصحاح) ، فيقول المشتري : (بل بمكسرة) ، أو جنسه كقوله : (بذهب) ، فيقول المشتري : (بل بفضة) ، (**أو الأجل**) أي : فيدعي البائع الحلول ، والمشتري الأجل ، (**أو قدره**) أي : قدر الأجل كقوله : (إلىٰ شهر) ، فيقول المشتري : (بل إلىٰ شهرين) ، (**أو قدر المبيع**) كقوله : (بعتك هـٰذا بمئة) ، فيقول : (بل اشتريته مع هـٰذا بمئة) (**ولا بينة . . تحالفا**) لحديث : « إِذَا ٱخْتَلَفَ ٱلْبَيِّعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ . . فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ ٱلسِّلْعَةِ ، أَوْ يَتَتَارَكَا » رواه أبو داوود ، والحاكم وقال : إنه صحيح[1] .

ومعنى التتارك : أن يترك كلٌّ منهما ما يدعيه ، وذلك بالفسخ ، وفي « مسلم » : « لَوْ أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ . . لاَدَّعَىٰ نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ ٱلْيَمِينَ عَلَى ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ »[2] .

ولاشك أن كلاًّ منهما مدع ومدعىً عليه ، وتخصيص البيع بالذكر جري على الغالب ، فإن التحالف جار في عقود المعاوضات ؛ كالسلم والكتابة وغيرهما .

واحترز بقوله : (**ولا بينة**) : عما إذا كانت بينة ؛ فإنه يُقضىٰ بها ، فإن أقاما بينتين . . فإن عرف أسبقهما تاريخاً . . حكم بها ، وإلا . . تساقطتا ، وتحالفا .

وأورد على الضابط : اختلافهما في عين المبيع والثمن معاً ؛ مثل : (بعتك هـٰذا العبد بمئة درهم) ، فيقول : (بل هـٰذه الجارية بعشرة دنانير) ، فلا تحالف جزماً ؛ إذا لم يتواردا علىٰ شيء مع اتفاقهما علىٰ بيع صحيح واختلفا في كيفيته .

---

(١) سنن أبي داوود (٣٥١١) ، المستدرك (٢/ ٤٥) عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٢) صحيح مسلم (١٧١١) ، وهو عند البخاري برقم (٤٥٥٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيَحْلِفُ كُلٌّ عَلَىٰ نَفْيِ قَوْلِ صَاحِبِهِ وَإِثْبَاتِ قَوْلِهِ ، وَيُبْدَأُ بِٱلْبَائِعِ ـ وَفِي قَوْلٍ : بِٱلْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : يَتَسَاوَيَانِ ـ فَيَتَخَيَّرُ ٱلْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : يُقْرَعُ ، وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْياً وَإِثْبَاتاً ، وَيُقَدَّمُ ٱلنَّفْيُ فَيَقُولُ : (مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا) . وَإِذَا تَحَالَفَا . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ ٱلْعَقْدَ لاَ يَنْفَسِخُ ، . . . .

ولو اختلفا في عين المبيع فقط . . تحالفا إن كان الثمن مُعيَّناً ، وإن كان في الذمة . . فوجهان في « الروضة » هنا بلا ترجيح ، ورجح في الشرح الصغير التحالف[1] .

(**فيحلف كلٌّ علىٰ نفي قول صاحبه وإثباتِ قوله**) لما مرّ من كون كلٍّ منهما مدعياً ومدعىً عليه ، فينفي ما ينكره ، ويثبت ما يدعيه .

(**ويُبدأ بالبائع**) ندباً **على الأصح** ؛ لقوة جانبه ؛ لأن ملكه الثمن تمّ بالعقد ، ويعود المبيع إليه بالتحالف .

(**وفي قول : بالمشتري**) لأنه يطالب بزيادة ثمن ، والأصل : براءة ذمته عنها .

(**وفي قول : يتساويان**) لأن كلاً منهما مدع ومدعىً عليه ، فلا ترجيح (**فيتخير الحاكم**) أي : تفريعاً علىٰ هـٰذا ؛ كما لو تداعيا عيناً في يديهما . . فإن الحاكم يبدأ بيمين من شاء منهما ، (**وقيل : يُقرع**) كما يقرع بينهما في الدعوىٰ إذا جاءا معاً إلىٰ مجلسه .

(**والصحيح : أنه يكفي كلَّ واحد يمين تجمع نفياً وإثباتاً**) لأنه أقرب إلىٰ فصل الخصومة ، **والثاني** : يفرد النفي بيمين ، والإثبات بأخرىٰ ؛ لأنه مدع ومدعىً عليه .

(**ويُقدَّم النفي**) استحباباً ؛ لأن الأصل في الأيمان يمين المدعىٰ عليه (**فيقول**) البائع : (« **ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا** ») ويقول المشتري : (ما اشتريت بكذا ، ولقد اشتريت بكذا) .

(**وإذا تحالفا . . فالصحيح : أن العقد لا ينفسخ**) بنفس التحالف ؛ لما رواه النسائي من حديث ابن مسعود : (أنه صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ، ثم يختار المبتاع ؛ إن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك) وصححه الحاكم[2] .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٧٧) .

(٢) سنن النسائي (٧/ ٣٠٣) ، المستدرك (٢/ ٤٨) ، وأخرجه البيهقي (٤/ ٤٨) .

بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا ، وَإِلاَّ . . فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوِ ٱلْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا يَفْسَخُهُ ٱلْحَاكِمُ ، ثُمَّ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي رَدُّ ٱلْمَبِيعِ ، فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ . . لَزِمَهُ قِيمَتُهُ ، وَهِيَ قِيمَةُ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ فِي أَظْهَرِ ٱلأَقْوَالِ ، . . . .

ولأن البينة أقوىٰ من اليمين ، ولو أقام كلٌّ منهما بينة . . لم ينفسخ ، فبالتحالف أولىٰ .

والاستدلال بالحديث المذكور : استدل به الإسنوي وغيره ، **وفيه نظر** ؛ لأن الخيار في الحديث إنما هو بعد حلف البائع فقط ، لا بعد حلفهما ، **والثاني** : ينفسخ ؛ كما ينفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين .

(**بل إن تراضيا**) بأحد الثمنين أُقرّ العقد عليه (**وإلا . . فيَفسخانه أو أحدهما**) لأنه فسخ لاستدراك الظُّلامة ، فأشبه الردَّ بالعيب (**أو الحاكم**) لقطع النزاع ، (**وقيل : إنما يفسخه الحاكم**) ونقله في « المهمات » عن تصحيح الأكثرين ، واختاره السبكي ؛ لأنه مجتهد فيه فأشبه العُنَّة كذا قاله الرافعي هنا[1] ، **لكن الأصح** في (كتاب النكاح) : جواز انفراد المرأة بالفسخ بعد ثبوتها بين يدي الحاكم[2] . **والأشبه في « المطلب »** : أن الفسخ ليس على الفور .

(**ثم**) بعد الفسخ (**على المشتري ردُّ المبيع**) إن كان قد قبضه وهو باق بحاله بزيادته المتصلة ، وتسلم له المنفصلة ؛ كالولد والثمر ، وهـٰكذا حكم الثمن إن كان قد قبضه البائع ؛ ليصل كلُّ مالك إلىٰ ملكه .

(**فإن كان وقفه أو أعتقه أو باعه أو مات . . لزمه قيمتُه**) وإن جاوزت الثمن المدعىٰ به **على الصحيح** ؛ لقيامها مقامه ، هـٰذا إذا كان مُتقوَّماً ، فإن كان مثليّاً . . قال في « المطلب » : **فالمشهور** : وجوب المثل ، وبه جزم في « الكفاية » ، وحكىٰ صاحب « المعين » فيه الاتفاق ، وقال الماوردي : يرد القيمة ، وزيفه السبكي[3] .

(**وهي قيمة يوم التلف في أظهر الأقوال**) لأن مورد الفسخ هو العين ، والقيمة بدل

---

(١) المهمات (٥/ ٢٧٩) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٨٤) .

(٢) الشرح الكبير (٨/ ١٦٥) .

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٢) ، الحاوي الكبير (٦/ ٣٧٢) .

وَإِنْ تَعَيَّبَ . . رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ ، وَٱخْتِلاَفُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا . وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَهُ بِكَذَا ، فَقَالَ : بَلْ وَهَبْتَنِيهِ . . فَلاَ تَحَالُفَ ، بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَىٰ نَفْيِ دَعْوَى ٱلآخَرِ . فَإِذَا حَلَفَا . . رَدَّهُ مُدَّعِي ٱلْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ . وَلَوِ ٱدَّعَىٰ صِحَّةَ ٱلْبَيْعِ وَٱلآخَرُ فَسَادَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُ مُدَّعِي ٱلصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ . . . .

عنها ، فإذا فات الأصل . . تعين النظر في القيمة إلىٰ ذلك الوقت ، **والثاني** : قيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان . . فهو في ملكه ، **والثالث** : أقلُّ قيمة من العقد إلى القبض ، **والرابع** : أقصىٰ قيمة من يوم القبض إلى التلف ؛ لأن يده يدُ ضمان ، فيعتبر أعلى القيم ، وهو مبني على ارتفاع العقد من أصله .

(**وإن تعيب . . ردَّه مع أرشه**) وهو قدر ما نقص من القيمة ؛ إذ الكلُّ مضمون بها ، فبعضه ببعضها .

(**واختلاف ورثتهما كهُما**) لأنها يمين في المال ، فقام الوارث مقام المورث ؛ كاليمين في دعوى المال .

(**ولو قال : « بعتكه بكذا » ، فقال : « بل وهبتنيه » . . فلا تحالُف**) لأنهما لم يتفقا علىٰ عقد واحد ، (**بل يحلف كلٌّ علىٰ نفي دعوى الآخر**) كسائر الدعاوي .

(**فإذا حلفا . . ردَّه مدعي الهبة بزوائده**) المتصلة والمنفصلة ؛ لأنه لا ملك له .

(**ولو ادعىٰ صحةَ البيع ، والآخرُ فساده . . فالأصحُّ : تصديق مدعِي الصحة بيمينه**) إذ الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين هو الصحة ، **والثاني** : يصدق مدعي الفساد ؛ إذ الأصل عدم العقد الصحيح .

وهـٰذا الخلاف يجري في سائر عقود المعاوضات ؛ كالإجارة والنكاح ونحوهما .

فلو قال : (ولو ادعىٰ صحة العقد) . . لكان أولىٰ ، وما رجحه نصَّ عليه في « البويطي » ، ونسبه في « الروضة » للأكثرين وظاهر النص[1] .

وفرق ابن الصلاح بين أن يُسند الفسادَ مدعيه إلىٰ أمر زائد مفسد فلا يصدق ؛ لأن الأصل عدمه ، وبين أن يسنده إلى اختلال ركن أو شرط فيصدق ؛ للأصل قال : وهـٰذا

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٧٩) .

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ عَبْداً فَجَاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيَرُدَّهُ ، فَقَالَ ٱلْبَائِعُ : (لَيْسَ هَـٰذَا ٱلْمَبِيعَ) . . صُدِّقَ ٱلْبَائِعُ ، وَفِي مِثْلِهِ فِي ٱلسَّلَمِ يُصَدَّقُ ٱلْمُسْلِمُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

هو الذي استقر عليه الرأي ، **واعتمدتُ عليه في الفتوىٰ** ، وقد سبقه إلىٰ ذلك البَنْدَنيجي والمَحاملي والجرجاني .

ويستثنىٰ من تصحيح قول مدعي الصحة مسائل : **منها** : ما لو باع ذراعاً من أرض فادعى البائع أنه أراد ذراعاً مُعيَّناً حتىٰ لا يصحّ العقد ، وادعى المشتري الإشاعة ليصحّ . . **فأرجح الاحتمالين في « زيادة الروضة »** : تصديق البائع حتىٰ يفسد البيع ؛ لأنه أعلم بإرادته[1] ، **ومنها** : إذا اختلفا أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف . . **فإن الصواب في « زيادة الروضة »** : تصديق مدعي وقوعه على الإنكار ؛ لأنه الغالب[2] ، **ومنها** : إذا قال السيد : (كاتبتك وأنا مجنون أو محجور علي) ، وقال المكاتب : (كنت في حال الكمال) ، وعُرف للسيد حالةُ جنون أو حجر . . فالقول قول السيد ؛ كما جزم به المصنف في (الكتابة) ، قال الأَذْرَعي : ولا اختصاص لهـٰذا بهـٰذه الصورة ، بل الحكم كذلك في البيع وغيره من العقود .

(**ولو اشترىٰ عبداً فجاء بعبد معيب ليرده ، فقال البائع : « ليس هـٰذا المبيعَ »** . . **صدق البائع**) لأن الأصل السلامةُ وبقاء العقد .

(**وفي مثله في السلم يصدق المُسلِم في الأصحِّ**) لأن اشتغال ذمة المسلم إليه بالمسلم فيه معلوم ، والبراءة غير معلومة ؛ لأنه لم يعترف بقبض ما ورد العقد عليه ، وفي البيع اتفقا علىٰ قبض ما اشتراه ، وتنازعا في سبب الفسخ ، والأصل : عدمه ، **والثاني** : يصدق المسلم إليه ؛ كالبيع[3] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٦٢) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٩٩) .
(٣) بلغ مقابلة علىٰ أصل مؤلفه ، أيده الله تعالىٰ . اهـ هامش (أ) .

بابُ
[معاملة الرّقيق]

ٱلْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . لاَ يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَسْتَرِدُّهُ ٱلْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ ٱلْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ تلفَ فِي يَدِهِ . . تَعَلَّقَ ٱلضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ ، أَوْ فِي يَدِ ٱلسَّيِّدِ . . فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلْعَبْدِ بَعْدَ ٱلْعِتْقِ ، وَٱقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . تَصَرَّفَ بِحَسَبِ ٱلإِذْنِ ، . . . .

(باب) معاملة الرقيق

(**العبد إن لم يؤذن له في التجارة . . لا يصحُّ شراؤه بغير إذن سيده في الأصحِّ**) إذ لا يمكن ثبوت الملك له ؛ لأنه ليس أهلاً للملك ، ولا لسيده بعوض في ذمته ؛ لأنه لم يرض به ، ولا في ذمة العبد ؛ لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلزمه ، **والثاني** : يصحُّ إن كان الشراء في الذمة ؛ لأنه متعلق بالذمة ، ولا حجر للسيد علىٰ ذمته ، فلو اشترىٰ بعين . . فباطل جزماً .

(**ويسترده البائع**) إذا قلنا بعدم الصحة (**سواء كان في يد العبد أو سيده**) لبقائه علىٰ ملكه .

(**فإن تلف في يده**) أي : في يد العبد (. . **تعلق الضمان بذمته**) فيطالبه به إذا عتق ، سواء رآه السيد مع العبد فتركه أم لا ؛ لأنه وجب برضا من له الحقُّ ، ولم يأذن فيه السيد .

(**أو في يد السيّد . . فللبائع تضمينه**) أي : تضمين السيد ؛ لوضعه يدَه علىٰ ملكه ، (**وله**) أي : للبائع (**مطالبة العبد بعد العتق**) لتعلقه بذمته لا قبل العتق ؛ لأنه معسر .

(**واقتراضُه كشرائه**) في جميع ما سبق ؛ لأنه عقد معاوضة مالية ، فكان كالشراء ، وسائرُ عقود المعاوضات كذلك خلا النكاح ؛ فإنه لا يصحُّ جزماً .

(**وإن أذن له في التجارة . . تصرف**) بالإجماع ؛ لأن المنع لحقِّ السيد وقد ارتفع ، وشرط الماوردي : أن يصحّ تصرفه لنفسه لو كان حرّاً[1] (**بحسب الإذن**) لأنه تصرف

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٤٥٤) .

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ . . لَمْ يَتَجَاوَزْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ ٱلنِّكَاحُ ، وَلاَ يُؤَجِّرُ نَفْسَهُ ، وَلاَ يَأْذَنُ لِعَبْدِهِ فِي ٱلتِّجَارَةِ ، وَلاَ يَتَصَدَّقُ ، وَلاَ يُعَامِلُ سَيِّدَهُ ، وَلاَ يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ، وَلاَ يَصِيرُ مَأْذُوناً لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَىٰ تَصَرُّفِهِ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ ٱلْمُعَامَلَةِ . وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ . . لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّىٰ يَعْلَمَ ٱلإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ . . . .

مستفاد من الإذن ، فاقتصر على المأذون فيه ؛ كالوكيل وعامل القراض .

(**فإن أذن له في نوع**) كالثياب ، أو وقت ؛ كسنة (. . **لم يتجاوزه**) لأنه قد يعرف منه النجاح فيه دون غيره .

(**وليس له النكاح**) كما ليس للمأذون له في النكاح أن يتجر ؛ لأن اسم كلٍّ منهما غير متناول للآخر .

(**ولا يُؤجِّر نفسَه**) وإن كان له أن يؤجر أموالَ التجارة **في الأصح** ؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبته ، فكذا في منفعته .

(**ولا يأذن لعبده**) الذي اشتراه (**في التجارة**) لأن السيد لم يأذن فيه ، فإن أذن فيه . . جاز ، وهل للمأذون أن يوكل العبد في تصرف خاصٍّ ؛ كبيع ثوب بغير إذن السيد ؟ وجهان في « الشرح » ، و« الروضة » بلا ترجيح[1] .

(**ولا يتصدق**) إذ ليس من أهل التبرع .

(**ولا يعامل سيدَه**) فلا يبيع منه ولا يشتري ؛ لأن تصرفه لسيده ، بخلاف المكاتب .

(**ولا ينعزل بإباقه**) لأن الإباق معصية فلا يوجب الحجرَ ؛ كما لو عصى السيدَ من وجه آخر . . فله التجارة في البلد الذي أبق إليه إلا إذا خصَّ السيدُ الإذن ببلد معين .

(**ولا يصير مأذوناً له بسكوت سيده علىٰ تصرفه**) كما لو رآه ينكح فسكت . . لا يكون إذناً له في النكاح .

(**ويُقبل إقراره بديون المعاملة**) ولو لأبيه وابنه ؛ لقدرته على الإنشاء .

وهٰذه المسألة قد أعادها المصنف في (باب الإقرار) ، وستأتي .

ومن عرف رقَّ عبد . . لم يعامله حتىٰ يَعلم الإذن بسماع) من (**سيده أو بينة أو**

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٣٦٦) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٩) .

شُيُوعٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ، وَفِي ٱلشُّيُوعِ وَجْهٌ ، وَلاَ يَكْفِي قَوْلُ ٱلْعَبْدِ . فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ ٱلثَّمَنَ ، فَتَلِفَ فِي يَدِهِ ، فَخَرَجَتِ ٱلسِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً . . رَجَعَ ٱلْمُشْتَرِي بِبَدَلِهِ عَلَى ٱلْعَبْدِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلسَّيِّدِ أَيْضاً ، وَقِيلَ : لاَ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ فِي يَدِ ٱلْعَبْدِ وَفَاءٌ . . فَلاَ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ سِلْعَةً . . فَفِي مُطَالَبَةِ ٱلسَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَـٰذَا ٱلْخِلاَفُ ، . . . .

شيوع بين الناس) لأن الأصل عدمُ الإذن ، **والمراد بالعلم** : غلبة الظن .

وكان ينبغي أن يقول : (رق شخص) لأن العبد معلومُ الرقِّ .

(**وفي الشيوع وجه**) لأن الحجر محقق ، والزوال مشكوك فيه ، وأجاب الأول : بأن السماع من السيد أو الثبوتَ بالبينة في حقِّ كلِّ من أراد المعاملةَ . . فيه عسر .

(**ولا يكفي قول العبد**) أنه مأذون له ؛ للتُّهَمة ، أما لو قال المأذون له : (حجر عليّ سيدي) . . لم يجز معاملته وإن أنكر السيد الحجر **في الأصح** ؛ لأنه العاقد ، والعقد باطل بزعمه ، ولو عزل العبد نفسه . . لم ينعزل ؛ لأن التصرف حقٌّ للسيد ، فلم يقدر علىٰ إبطاله ، قاله المتولي .

(**فإن باع مأذون له وقبض الثمنَ ، فتلف في يده ، فخرجت السِّلعة مستحقةً . . رجع المشتري ببدله على العبد**) لأنه المباشر للعقد ، فتتعلق به العهدة ، **وقيل** : لا رجوع عليه ؛ لأن يده يدُ سيده ، وعبارته مستعارة بينهما .

والضمير في (بدله) عائد على الثمن ، وهو كذلك في « المحرر » ، و« الروضة » ، و« أصلها »[(١)] ، ويقع في بعض النسخ (ببدلها) يعني : ببدل العين ، وحكي عن نسخة المصنف ، **وهو سهو** .

(**وله مطالبة السيد أيضاً**) لأن العقد له ، فكأنه البائعُ والقابض ، (**وقيل** : **لا**) لأن السيد بالإذن قد أعطاه استقلالاً ، وكأنه قصر طمع الذي يعامله علىٰ يده وذمته ، (**وقيل** : **إن كان في يد العبد وفاءٌ . . فلا**) لحصول الغرض بما في يده .

(**ولو اشترىٰ سلعة . . ففي مطالبة السيد بثمنها هـٰذا الخلافُ**) للمعاني المذكورة .

---

(١) المحرر (ص١٥٧) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٧٢) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٦٩) .

وَلاَ يَتَعَلَّقُ دَيْنُ ٱلتِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ ، وَلاَ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، بَلْ يُؤَدَّىٰ مِنْ مَالِ ٱلتِّجَارَةِ ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِٱلِاصْطِيَادِ وَنَحْوِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَمْلِكُ ٱلْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ .

(**ولا يتعلق دين التجارة برقبته**) للزومه برضا المستحق ؛ كالاستقراض بلا إذن ، (**ولا ذمةِ سيده**) لأن الإذن لا يقتضي الالتزام إلا فيما في يد العبد ؛ كنفقة النكاح ، وهـٰذا مخالف لقوله قبل : أنه يطالب السيد ببدل الثمن التالف في يد العبد ، وبثمن السلعة التي اشتراها أيضاً، وقد وقع الموضعان كذلك في «المحرر»، و« الشرح » ، و« الروضة »[١] .

وموجب هـٰذا التناقض : الجمع بين طريقين متباينين لم يقل أحد بمجموعهما ؛ فالإمام وأتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقاً[٢] ، وأشار في « المطلب » إلىٰ تضعيفها ، والأكثرون لا يعلقونه بذمة السيد ، بل يقولون : يقضي مما في يد العبد ، فإن بقي شيء . . أتبع به إذا عتق ، **فالكلام الثاني هو الموافق للمنقول** ، ونقل عن النصِّ أيضاً ، [**وهو المعتمد**][٣] .

(**بل يُؤدَّىٰ من مال التجارة**) لاقتضاء الإذن والعرف ذلك ، (**وكذا من كسبه بالاصطياد ونحوه في الأصح**) كمؤن النكاح ، **والثاني** : لا ؛ كسائر أموال السيد .

(**ولا يملك العبد بتمليك سيده في الأظهر**) كما لا يملك بالإرث ، ولأنه مملوك فأشبه البهيمة ، **والثاني** : يملك ؛ لإضافة الملك إليه في قوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ بَاعَ عَبْداً . . فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَهُ ٱلْمُبْتَاعُ »[٤] .

وعلىٰ هـٰذا : فهو ملك ضعيف يرجع السيد فيه متىٰ شاء ، ولا تجب فيه الزكاة .

واحترز بالسيد : عن الأجنبي ؛ فإنه لا يملك بتمليكه بلا خلاف ؛ كما قاله الرافعي في (الوقف) ، وفي (الظهار) في تكفير العبد بالصوم[٥] ، لكن الماوردي والقاضي أجريا الخلافَ فيه أيضاً ؛ كما قاله في « المطلب » .

* * *

---

(١) المحرر (ص١٥٧) ، الشرح الكبير (٤/ ٣٦٩) ، روضة الطالبين (٣/ ٥٧٢) .

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٧٤) .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من غير (أ) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٥) الشرح الكبير (٦/ ٢٥٦ ، ٩/ ٣٢٠) .

كتاب السَّلَم

هُوَ بَيْعُ مَوْصُوفٍ فِي ٱلذِّمَّةِ ، يُشْتَرَطُ لَهُ مَعَ شُرُوطِ ٱلْبَيْعِ أُمُورٌ : أَحَدُهَا : تَسْلِيمُ رَأْسِ ٱلْمَالِ فِي ٱلْمَجْلِسِ . فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وسَلَّمَ فِي ٱلْمَجْلِسِ . . جَازَ ، . . . .

(كتاب السلم)

سمي سلماً ؛ لتسليم رأس المال في المجلس ، ويُسمَّىٰ سلفاً ؛ لتقديمه ، والأصل فيه قوله تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ الآية ، قال ابن عباس رضي الله عنهما : نزلت في السلم[1] ، وفي الصحيح : « مَنْ أَسْلَفَ . . فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ »[2] ، وهو مجمع عليه .

(**هو بيع موصوف في الذمة**) بلفظ السلم ببدل يُعطىٰ عاجلاً ، وإنما قيدتُ كلامه بلفظ السلم ؛ لئلا يرد ما إذا عقده بلفظ البيع ، فإنه بيع **على الأصح** كما سيأتي .

وخرج بالوصف : القرض ؛ فإنه لم يذكر صفاته .

(**يشترط له مع شروط البيع أمور**) لما مرَّ من أنه بيع ، قال الزركشي : **والمراد** : شروط البيع في الذمة لا مطلقاً ، وإلا . . لاقتضى اشتراط رؤية المسلم فيه ، والصيغة ، وعلىٰ هـٰذا فلا ترد صحةُ سلم الأعمىٰ دون شرائه .

(**أحدها : تسليم رأس المال في المجلس**) لأن تأخيره في معنىٰ بيع الدين بالدين ، وقد نهىٰ عنه[3] .

(**فلو أطلق**) كأن قال : (أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا) (**ثم عين**) الدينار (**وسلم في المجلس . . جاز**) لأن المجلس حريم العقد ؛ فله حكمه .

---

(١) أخرجه الشافعي في « الأم » (٤/ ١٨٣) ، والطبري في « تفسيره » (٦٣١٥) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٤٠) ، ومسلم (١٦٠٤) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٧) ، والبيهقي (٥/ ٢٩٠) ، والدارقطني (٣/ ٧١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ ٱلْمُحْتَالُ فِي ٱلْمَجلِسِ . . فَلاَ ، وَلَوْ قَبَضَهُ وَأَوْدَعَهُ ٱلْمُسْلِمَ . . جَازَ . وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً ، وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ ٱلْعَيْنِ . وَإِذَا فُسِخَ ٱلسَّلَمُ وَرَأْسُ ٱلْمَالِ بَاقٍ . . ٱسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ ، وَقِيلَ : لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عُيِّنَ فِي ٱلْمَجْلِسِ دُونَ ٱلْعَقْدِ . وَرُؤْيَةُ رَأْسِ ٱلْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

(**ولو أحال به**) أي : برأس المال (**وقبضه المحتال في المجلس . . فلا**) لأنها ليست بقبض حقيقي ، والمحال عليه يؤدي عن نفسه لا عن المسلم .

وصورة المسألة : أن يحيل المُسلِم المُسلَم إليه ، أما لو أحال المُسلَم إليه برأس المال على المُسلِم ، وأمره بالدفع إليه ، وحصل القبض في المجلس . . جاز ، ويكون المحتال وكيلاً عن المُسلَم إليه في القبض .

(**ولو قبضه**) يعني : رأس المال (**وأودعه المُسلِم**) قبل التفرق (. . **جاز**) قياساً علىٰ سائر أمواله .

(**ويجوز كونه**) أي : رأس المال (**منفعة**) كما يجوز جعلها ثمناً وغيره .

(**ويُقبَض بقبض العين**) لأنه لمَّا تعذر القبض الحقيقي . . اكتفينا بهـٰذا؛ لأنه الممكن.

(**وإذا فُسخ السلم ورأس المال باق**) ولم يتعلق به حقّ ثالث (. . **استرده بعينه**) وليس له إبداله ، سواء أكان مُعيَّناً أم في الذمة ثم عيّن في المجلس ، أما الأول . . فلأن الثمن المُعيَّن كالمبيع ، وأما الثاني . . فلأن المُعيَّن في المجلس بمثابة المُعيَّن في العقد .

(وقيل : **للمسلم إليه ردُّ بدله إن عيِّن في المجلس دون العقد**) لأن العقد لم يتناوله . **واحترز بقوله** : (**باق**) عما إذا تلف ؛ فإنه يرد مثله في المثلي ، وقيمته في المتقوم .

(**ورؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره في الأظهر**) كثمن المبيع ، **والثاني** : لا تكفي ، بل يجب ذكر قدره وصفته ؛ لأنه ربما ينقطع ، ويكون رأس المال تالفاً ، فلا يدري بِمَ يرجع ، ونصّ في « الأم » علىٰ أن هـٰذا أحب القولين إليه[1] .

---

(١) الأم (٤/٢٠٣) .

ٱلثَّانِي : كَوْنُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْناً ، فَلَوْ قَالَ : (أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَـٰذَا ٱلثَّوْبَ فِي هَـٰذَا ٱلْعَبْدِ) . . فَلَيْسَ بِسَلَمٍ ، وَلاَ يَنْعَقِدُ بَيْعاً فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (ٱشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْباً صِفَتُهُ كَذَا بِهَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمِ) ، فَقَالَ : (بِعْتُكَ) . . ٱنْعَقَدَ بَيْعاً ، وَقِيلَ : سَلَماً . . . . . .

ومحل الخلاف : ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والصفة ؛ فإن علماه قبله . . صحَّ قطعاً .

(**الثاني : كون المُسلَم فيه ديناً**) لأن لفظ السلم موضوع له ، **ومراده بالشرط** : ما لا بدَّ منه ؛ ليشمل الركن ؛ فإن الدَّينِيَّةَ داخلة في حقيقة السلم .

(**فلو قال : « أسلمتُ إليك هـٰذا الثوب في هـٰذا العبد » . . فليس بسلم**) جزماً ؛ لانتفاء الدَّينِيَّة .

(**ولا ينعقد بيعاً في الأظهر**) لاختلال اللفظ ، **والثاني** : ينعقد بيعاً ؛ نظراً إلى المعنىٰ .

(**ولو قال : « اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهـٰذه الدراهم »**) أو بمئة درهم في ذمتي (**فقال : « بعتك » . . انعقد بيعاً**) نظراً إلى اللفظ ، وهـٰذا ما رجحه في « أصل الروضة » ، وقال في « المحرر » : **إنه أقرب**[1] ، ولم يصرح هنا في « الشرحين » بترجيح ، (**وقيل : سلماً**) نظراً إلى المعنىٰ ، واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كلَّ سلم بيع ؛ فإطلاق البيع على السلم إطلاقٌ له علىٰ ما يتناوله ، وهـٰذا ما رجحه العراقيون وغيرهم ، **وهو المنصوص** ، واختاره السبكي .

وإذا جعلناه سلماً . . وجب تعيين الدراهم ، وقبضها في المجلس ، وإلا . . لم يجب ، كذا قالاه[2] ، وقال السبكي : إذا جعلناه بيعاً لا يجب التسليم ، ويجب التعيين ، وإلا أدىٰ إلىٰ بيع الدين بالدين ، وهو باطل بالإجماع ، وممن نبه عليه المَحاملي والفارقي وإسماعيل الحَضْرَمي .

ومحل انعقاده بيعاً : إذا لم يذكر بعده لفظ السلم ، فإن قال : (بعتك كذا سلماً ، أو اشتريت منك سلماً) . . كان سلماً ؛ كما جزم به الرافعي في تفريق الصفقة في

---

(١) روضة الطالبين (٤/٦) ، المحرر (ص ١٥٨) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٣٩٦) ، روضة الطالبين (٤/٦ـ٧) .

ٱلثَّالِثُ : ٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لاَ يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ ، أَوْ يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ . . ٱشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ ٱلتَّسْلِيمِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَيَصِحُّ حَالاً وَمُؤَجَّلاً ، فَإِنْ أَطْلَقَ . . ٱنْعَقَدَ حَالاً ، وَقِيلَ : لاَ يَنْعَقِدُ . . . .

الأحكام ؛ فإنه صوَّرَ الجمع بين الإجارة والسلم بقوله : (أجرتك داري سنة ، وبعتك كذا سلماً بكذا)[1] .

(**الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولحمله مؤنة . . اشتُرط بيان محلِّ التسليم**) وهو مكانه ، (**وإلا . . فلا**) لأنه إذا كان الموضع صالحاً ولا مؤنة . . اقتضى العرف التسليمَ فيه ، وإذا لم يكن كذلك . . تفاوتت الأغراض باختلاف الأمكنة فاشترط التعيين .

وهـٰذا في السلم المؤجل ، أما الحالُّ . . فلا يشترط فيه التعيين ؛ كالبيع .

ويتعين موضع العقد للتسليم ، لكن إن عينا غيره . . جاز بخلاف البيع ؛ لأن السلم يقبل التأجيل فقَبِل شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، والأعيان لا تحتمله .

والمراد بموضع العقد : المحلّة ، وفي المسألة سبعة طرق[2] ؛ فلذا عبر بالمذهب .

(**ويصحُّ**) السلم (**حالاً**) إذا كان المسلم فيه موجوداً (**ومؤجلاً**) أما المؤجل . . فبالإجماع ، وإذا جاز مؤجلاً . . فهو في الحالِّ أجوز ؛ لأنه أبعد عن الغرر .

وفائدة العدول عن البيع إلى السلم الحالّ : جوازُ العقد مع غيبة المبيع ؛ فإنه قد لا يكون حاضراً مرئياً ، فلا يصحُّ بيعه ، وإن أخره لإحضاره . . فات المشتري ، والأمنُ من الانفساخ ؛ إذ هو متعلق بالذمة .

(**فإن أطلق**) ولم يشترط تأجيلاً ولا حلولاً (. . **انعقد حالاً**) كالثمن في البيع ، (**وقيل : لا ينعقد**) لأن العرف في السلم التأجيلُ ؛ فحمل عليه ، وحينئذ فيكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ١٥٦) .

(٢) انظر « النجم الوهاج » (٤/ ٢٤٤) .

وَيُشْتَرَطُ ٱلْعِلْمُ بِٱلأَجَلِ . فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ ٱلْعَرَبِ أَوِ ٱلْفُرْسِ أَوِ ٱلرُّومِ . . جَازَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . حُمِلَ عَلَى ٱلْهِلاَلِيِّ ، فَإِنِ ٱنْكَسَرَ شَهْرٌ . . حُسِبَ ٱلْبَاقِي بِٱلأَهِلَّةِ وَتُمِّمَ ٱلأَوَّلُ ثَلاَثِينَ . وَٱلأَصَحُّ : صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِٱلْعِيدِ وَجُمَادَىٰ ، وَيُحْمَلُ عَلَى ٱلأَوَّلِ .

فَصْلٌ

[في بقية الشروط السبعة]

يُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ : مَقْدُوراً عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ ٱلتَّسْلِيمِ ، فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ . . صَحَّ إِنِ ٱعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، . . . .

(**ويشترط العلم بالأجل**) فلا يجوز بما يختلف ؛ كالحصاد ، وقدوم الحاجّ ، والميسرة ؛ للآية والحديث السالفَيْن[1] .

(**فإن عين شهورَ العرب أو الفرس أو الروم . . جاز**) لأنها معلومة مضبوطة .

(**وإن أطلق**) الشهر (. . **حُمل على الهلالي**) لا الشمسي ؛ لأنه عرف الشرع ، وكذا السنة ؛ كما صرح به في « المحرر »[2] .

(**فإن انكسر شهر . . حُسب الباقي بالأهلة وتُمِّم الأول ثلاثين**) لتعذر اعتبار الهلال فيه ، **وقيل** : إذا انكسر الأول . . انكسر الجميع .

(**والأصحُّ : صحة تأجيله بالعيد وجمادىٰ ، ويحمل على الأول**) لتحقق الاسم به ، **والثاني** : يفسد ؛ لتردده بينهما ، ولو قال : (**بعد رمضان إلى العيد**) . . حمل علىٰ عيد الأضحىٰ ؛ لأنه الذي يلي العقد ، قاله ابن الرفعة[3] .

* * *

(**فصل : يشترط كون المسلم فيه : مقدوراً علىٰ تسليمه عند وجوب التسليم**) لأن المعجوز عن تسليمه يمتنع بيعه ، فيمتنع السَّلم فيه .

(**فإن كان يوجد ببلد آخر . صحَّ إن اعتيد نقله للبيع ، وإلا . . فلا**) سواء أكان لا ينقل منها أصلاً أم ينقل ولكن علىٰ ندور ، أم ينقل لا للبيع بل للهدية ونحوها .

---

(١) في (ص ١٠٥) .

(٢) المحرر (ص١٥٩) .

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٣٥٣) .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَٱنْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ . . لَمْ يَنْفَسِخْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَيَتَخَيَّرُ ٱلْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ ، وَٱلصَّبْرِ حَتَّىٰ يُوجَدَ ، وَلَوْ عَلِمَ قَبْلَ ٱلْمَحِلِّ ٱنْقِطَاعَهُ عِنْدَهُ . . فَلاَ خِيَارَ قَبْلَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ ٱلْقَدْرِ كَيْلاً أَوْ وَزْناً أَوْ عَدّاً أَوْ ذَرْعاً ، وَيَصِحُّ فِي ٱلْمَكِيلِ وَزْناً وَعَكْسُهُ ، . . . .

وهٰذا الضابط نقله الرافعي في « الشرح » عن الإمام ، وجزم به في « المحرر »[1] ، لكن ذكر في « الشرح » آخر الفصل في الكلام على الانقطاع كلاماً آخر حاصلُه : مخالفة الإمام رجحانَ اعتبار مسافة القصر ، وقد أوضحه في « المهمات »[2] .

(**ولو أسلم فيما يعُمُّ فانقطع في محلِّه**) بكسر الحاء (. . **لم ينفسخ في الأظهر**) لتعلقه بالذمة ؛ كإفلاس المشتري بالثمن .

والمراد بالانقطاع : ألا يوجد ، أو يوجد ولا يباع ، أو يوجد ببلد آخر ولو نقل . . لفسد ، فلو كان يباع بثمن غال . . وجب تحصيله ، وإن أمكن نقله من بلد آخر من غير فساد . . وجب إن قرب ، وقد مرَّ بما يضبط القرب .

(**فيتخير المسلم بين فسخه ، والصبر حتىٰ يوجد**) فإن أجاز ثم بدا له . . مُكِّن من الفسخ ؛ كزوجة المُولي ؛ بناءً علىٰ أن خياره على التراخي ، **وهو الصحيح** ، **والقول الثاني** : ينفسخ ؛ كما لو تلف المبيع قبل القبض .

(**ولو علم قبل المَحِلِّ انقطاعه عنده . . فلا خيار قبله في الأصحِّ**) لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم ، **والثاني** : نعم ؛ لتحقق العجز في الحال .

(**وكونه معلوم القدر كيلاً أو وزناً أو عدّاً أو ذرعاً**) أما الأولان . . فللحديث المارِّ أول الباب[3] ، وأما الأخيران . . فبالقياس .

(**ويصحُّ في المكيل وزناً ، وعكسه**)[4] إذ المقصود معرفةُ المقدار ، بخلاف

---

(١) الشرح الكبير (٤/٤٠١) ، المحرر (ص١٥٩) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٤٠٣) ، المهمات (٤/٢٩٣) .

(٣) في (ص ١٠٩) .

(٤) في (ب) : (ويصح المكيل وزناً) .

وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِئَةِ صَاعِ حِنْطَةٍ عَلَىٰ أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا . . لَمْ يَصِحَّ . وَيُشْتَرَطُ ٱلْوَزْنُ فِي ٱلْبِطِّيخِ وَٱلْبَاذِنْجَانِ وَٱلْقِثَّاءِ وَٱلسَّفَرْجَلِ وَٱلرُّمَّانِ . وَيَصِحُّ فِي ٱلْجَوْزِ وَٱللَّوْزِ بِٱلْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ ٱخْتِلاَفُهُ ، وَكَذَا كَيْلاً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الربويات ، فإن الغالب فيها التعبد ، كذا أطلقوه[١] ، وحمله الإمام علىٰ ما يُعدُّ الكيلُ في مثله ضابطاً[٢] .

فلو أسلم في فُتات المسك والعَنْبَر ، ونحوهما كيلاً . . لم يصحَّ ؛ لكثرة مالية يسيرِهِ ، حكاه الشيخان عنه ، وأقراه[٣] ، وجزم به المصنف في « التصحيح »[٤] ، لكن الرافعي جزم بعد ذلك بالجواز في اللآلىء الصغار إذا عمَّ وجودها كيلاً[٥] ؛ فيحتمل مخالفته ؛ لما مرَّ ، وهو ما فهمه في « الروضة »[٦] ، ويحتمل أن يفرق بينهما : بأن الكيل يَحصُر اللآلىء الصغار ؛ لرزانتها في الكيل ، بخلاف المسك ونحوه ، وأيضاً فإن ذلك الكلام فيما له خَطَرٌ ، واللآلىء الصغار المرادة للتداوي قد لا يكون لها خَطَرٌ .

(**ولو أسلم في مئة صاعِ حنطةٍ علىٰ أن وزنها كذا . . لم يصحَّ**) لأنه يورث عزَّة الوجود .

(**ويشترط الوزن في البطيخ والباذنجان والقِثَّاء ، والسَّفَرجل والرُّمّان**) والرانج ، والبيض ، ولا يكفي الكيل ؛ لتجافيه في المكيال ، ولا العدد ؛ لكثرة التفاوت .

(**ويصحّ في الجوز واللوز بالوزن**) لا بالعدد (**في نوع يقلُّ اختلافه**) فإن اختلفت قشوره بالغلظ والرقة . . امتنع السلم فيه ؛ لاختلاف الغرض .

(**وكذا كيلاً في الأصحِّ**) كالحبوب ، **والثاني** : لا ؛ لتجافيها في المكيال .

والخلاف قولان ؛ **فالأول** : منصوص « المختصر »[٧] ، **والثاني** : منصوص « البويطي » .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٠٥) ، روضة الطالبين (٤/ ١٤) .
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٤٩) .
(٣) الشرح الكبير (٤/ ٤٠٥) ، روضة الطالبين (٤/ ١٤) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٣٠٨) .
(٥) الشرح الكبير (٤/ ٤١١) .
(٦) روضة الطالبين (٤/ ١٧) .
(٧) مختصر المزني (١/ ٩٣) .

وَيُجْمَعُ فِي ٱللَّبِنِ بَيْنَ ٱلْعَدِّ وَٱلْوَزْنِ . وَلَوْ عَيَّنَ كَيْلاً . . فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَاداً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمَرِ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ . . لَمْ يَصِحَّ ، أَوْ عَظِيمَةٍ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَعْرِفَةُ ٱلأَوْصَافِ ٱلَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا ٱلْغَرَضُ ٱخْتِلاَفاً ظَاهِراً ، . . . .

(**ويجمع في اللَّبِن بين العدِّ والوزن**) فيقول : (كذا لبنة ، وزن كل واحدة كذا) لأنها تُضرب عن اختيار فلا تؤدي إلىٰ عزَّة الوجود ، ثم الأمر في وزنها على التقريب ، وفي « زيادة الروضة » لم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن ، ونصَّ في « الأم » علىٰ أنه مستحب ، لكن يشترط أن يذكر طوله وعَرْضه وثخانته ، وأنه من طين معروف[1] .

(**ولو عيَّن كيلاً . . فسد إن لم يكن معتاداً**) ولم يعرف مقداره ؛ كالكوز والقَصْعة بالإجماع ؛ لأنه مجهول ، ولأن فيه غرراً ؛ لأنه قد يتلف قبل المحِلِّ ، وينبني على المعنيين ما لو قال : (بعتك ملء هـٰذا الكوز من هـٰذه الصبرة) ، **والأصح** : الصحة ؛ اعتماداً على المعنى الثاني ، وهو انتفاء الغرر .

(**وإلا . . فلا في الأصحِّ**) أي : وإن كان معتاداً . . لم يفسد ، بل يلغو تعيينه ؛ كسائر الشروط التي لا غرض فيها ، **والثاني** : يفسد ؛ لتعرضه للتلف .

والمراد بالتعيين : تعيين الفرد من نوع المكيال ، أما تعيين نوع المكيال بالغلبة أو بالتنصيص عليه . . فلا بدَّ من اشتراطه .

(**ولو أسلم في**) مقدار من (**ثمر قرية صغيرة . . لم يصحَّ**) بالإجماع ؛ خشيةً من انقطاعه لجائحة ونحوها ، وذلك غرر .

(**أو عظيمةٍ . . صحَّ في الأصحِّ**) لعدم انقطاعه غالباً ، **والثاني** : أنه كتعيين المكيال ؛ لعدم الفائدة .

ومحل الخلاف : إذا لم يُفِدْ تنويعاً ، فإن أفاده كمَعْقِلي البصرة . . جاز قطعاً ؛ لأنه مع مَعْقِلي بغداد صنفٌ واحد ، لكن يختلفان في الأوصاف ؛ فله غرض في ذلك .

(**و**) يشترط (**معرفة الأوصاف التي يختلف بها الغرضُ اختلافاً ظاهراً**) لتقريبه من المعاينة ، ولأن القيمة تختلف بسببها .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٤) .

وَذِكْرُهَا فِي ٱلْعَقْدِ عَلَىٰ وَجْهٍ لاَ يُؤَدِّي إِلَىٰ عِزَّةِ ٱلْوُجُودِ ، فَلاَ يَصِحُّ فِيمَا لاَ يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ كَٱلْمُخْتَلِطِ ٱلْمَقْصُودِ ٱلأَرْكَانِ ؛ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ مَخْلُوطٍ ، وَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ فِي ٱلْمُخْتَلِطِ ٱلْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ ، وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ ، وَخَلِّ تَمْرٍ أَوْ زَبِيبٍ ، ....

واحترز بقوله : (**ظاهراً**) عمَّا يتسامح الناس بإهمال ذكره .

(**وذكرها في العقد**) ليتميز المعقود عليه ، فلا يكفي ذكرها بعده وإن كان في مجلس العقد ، ويكون ذكرها (**علىٰ وجه لا يؤدي إلىٰ عِزَّة الوجود**) لأن السلم غررٌ ، فلا يجوز إلا فيما يوثق بتسليمه .

(**فلا يصحُّ فيما لا ينضبط مقصوده ؛ كالمختلط المقصود الأركان ؛ كهَرِيسة ومعجون وغالية وخفّ وترِياق**) طاهر (**مخلوط**) لأن الغالية مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور ، كما قاله الرافعي[1] ، والخف مركب من ظهارة وبطانة .

واحترز بالترياق المختلط : عما إذا كان نباتاً أو حجراً ؛ فإنه يجوز السلم فيه ، وقد يفهم الجواز في خف متخذ من شيء واحد ، وليس كذلك ؛ بناءً علىٰ منع السلم في الجلود ، **وهو الأصح** .

(**والأصحُّ : صحته في المختلط المنضبط ؛ كعتَّابيٍّ ، وخزٍّ**) لتيسُّر ضبط كلِّ جزء من الأجزاء ، **والثاني** : المنع ؛ كالمعجون ، **والعتابي** : من قطن وحرير ، **والخزّ** : من إبْرَيْسمٍ ووبر ، أو صوف .

(**وجبن وأَقِط وشهد ، وخلِّ تمر أو زبيب**) إذ الملح والإِنْفَحةُ في الجُبْن ، والأقِط ، والماء في خلِّ التمر والزبيب من مصالحه ، **والثاني** : لا ؛ كاللبن المخلوط بالماء .

وأما الشهد . . فوجه الصحة : قياسه على التمر ، ووجه المنع : أن الشمع فيه يقلُّ ويكثر ، وهـٰذا ما نصَّ عليه في « الأم »[2] ، واختاره السبكي .

---

(١) الشرح الكبير (٤/٤٠٨) .
(٢) الأم (٤/٢١٦) .

لاَ ٱلْخُبْزِ فِي ٱلأَصَحِّ عِنْدَ ٱلأَكْثَرِينَ . وَلاَ يَصِحُّ فِيمَا نَدَرَ وُجُودُهُ ؛ كَلَحْمِ ٱلصَّيْدِ بِمَوْضِعِ ٱلْعِزَّةِ ، وَلاَ فِيمَا لَوِ ٱسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ . . عَزَّ وُجُودُهُ ؛ كَٱللُّؤْلُؤِ ٱلْكِبَارِ وَٱلْيَوَاقِيتِ ، وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا .

(**لا الخبز في الأصحِّ عند الأكثرين**) لاختلاف الغرض بقدر الملح ، وتأثير النار فيه تأثيراً غير منضبط ، وهو مانع من الصحة ، كما سيأتي ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لأن ناره مضبوطة ، والملح غير مقصود .

(**ولا يصحُّ فيما ندر وجوده ؛ كلحم الصيد بموضع العِزَّةِ**) لأنه عقد غرر ، فلا يحتمل إلا فيما يوثق بتسليمه .

(**ولا فيما لو استُقصيَ وصفه**) الذي يجب ذكرُه في السلم (**عزَّ وجوده ؛ كاللؤلؤ الكبار ، واليواقيت**) إذ لا بدّ فيها من ذكر الحجم والشكل والوزن واللون والصفاء ، واجتماعها نادر ، ويجوز في صغار اللآلىء العامة الوجود ؛ كيلاً ووزناً ، وضبط جماعة الصغارَ : بما يطلب للتداوي لا للزينة ، وضبطه الجويني : بسدس دينار[1] ، قالا : والوجه أن اعتبار السدس للتقريب[2] .

(**وجاريةٍ وأختها أو ولدها**) وشاةٍ وسخلتها ؛ لندرة اجتماعهما بالصفات ، واستشكله الرافعي بما لو شرط كون العبد كاتباً ، أو الجارية ماشطة . . فإنه يندر اجتماع ذلك مع الصفات المشروطة ، ومع ذلك يصحُّ[3] .

وفرق في « المهمات » بينهما بما ملخصه : أن الكتابة والمشط يسهل تحصيله بالاكتساب ، بخلاف البنوَّة والأخوَّة ؛ فإنه وصف غير مكتسب فيعزّ وجوده مع باقي الأوصاف . انتهى[4] .

وقيَّد الإمام المنع بمن تكثر صفاتها بخلاف الزنجية ، وبحث فيه الرافعي[5] .

* * *

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٦٠) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤١١) ، روضة الطالبين (٤/ ١٧) .
(٣) الشرح الكبير (٤/ ٤١١ـ ٤١٢) .
(٤) المهمات (٥/ ٢٩٩) .
(٥) نهاية المطلب (٦/ ٤١) ، الشرح الكبير (٤/ ٤١١) .

فَرْعٌ

[في محل السلم وشروطه]

يَصِحُّ فِي ٱلْحَيَوَانِ ، فَيُشْتَرَطُ : فِي ٱلرَّقِيقِ : ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ ، وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ - وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ - وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ ، وَسِنِّهِ ، وَقَدِّهِ طُولاً وَقِصَراً ، وَكُلُّهُ عَلَى ٱلتَّقْرِيبِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ ٱلْكَحَلِ وَٱلسِّمَنِ وَنَحْوِهِمَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(فرع : **يصحُّ**) السلم (**في الحيوان**) لأنه يثبت في الذمة ؛ بدليل إبل الدية ، وصحَّ أنه عليه أفضل الصلاة والسلام اقترض بَكْراً[1] ، وحديث النهي عن السلف في الحيوان لم يثبت ؛ كما قاله ابن السمعاني في « الاصطلام » ، وإن صححه الحاكم[2] .

(**فيشترط في الرقيق : ذكر نوعه ؛ كتركي**) لاختلاف الغرض ، فإن اختلف صِنفُ النوع . . وجب ذكره **على الأظهر** .

(**ولونه ؛ كأبيض ، ويصف بياضه بسمرة أو شقرة**) ويصف السواد بالصفاء أو الكدرة ، وهـٰذا إن اختلف لون النوع ، فإن لم يختلف ؛ كالزنجي . . لم يجب التعرض له .

(**وذكورته وأنوثته ، وسنِّه ، وقدِّه طولاً وقصراً**) وكذا ثيوبته ، وبكارته **على الأصح** ؛ لاختلاف الغرض بكلِّ ذلك .

(**وكلُّه على التقريب**) فلو شرط تحديداً . . بطل ؛ لندوره ، ولم يذكر الرافعي في « الشرحين » ، و« المحرر » التقريب إلا بالنسبة إلى السنِّ خاصة ، وجرىٰ عليه في « الروضة » ، قال المنكت : وما في « الكتاب » حسن إن ساعد عليه نقل[3] .

(**ولا يشترط ذكر الكَحَل والسِّمن ونحوهما**) كالدعج ، وهو : شدة سواد العين مع سعتها ، **والكَحَل** : أن يعلو جفونَ العين سوادٌ كالكُحْل من غير اكتحال (**في الأصحِّ**) لتسامح الناس بإهماله ، **والثاني** : يشترط ؛ لأنه مقصود لا يؤدي إلىٰ عزَّة الوجود .

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه .

(٢) المستدرك (٢/ ٥٧) .

(٣) الشرح الكبير (٣/ ٤١٣) ، المحرر (١٦٠) ، روضة الطالبين (٤/ ١٨) ، السراج (٣/ ١٥٩) .

وَفِي ٱلإِبِلِ وَٱلْخَيْلِ وَٱلْبِغَالِ وَٱلْحَمِيرِ : ٱلذُّكُورَةُ وَٱلأُنُوثَةُ ، وَٱلسِّنُّ وَٱللَّوْنُ وَٱلنَّوْعُ . وَفِي ٱلطَّيْرِ : ٱلنَّوْعُ وَٱلصِّغَرُ وَكِبَرُ ٱلْجُثَّةِ . وَفِي ٱللَّحْمِ : لَحْمُ بَقَرٍ ، أَوْ ضَأْنٍ ، أَوْ مَعْزٍ ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ أَوْ ضِدِّهَا ، مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى ٱلْعَادَةِ . وَفِي ٱلثِّيَابِ : ٱلْجِنْسُ ، ....

(**وفي الإبل والخيل والبغال والحمير : الذكورة والأنوثة ، والسنُّ واللون والنوع**) لاختلاف الغرض بذلك ، ولو اختلف صنف النوع . . فعلىٰ ما سبق في الرقيق .

(**وفي الطير : النوع ، والصِّغَرُ ، وكبر الجثة**) واللون ؛ كما ذكره الغزالي في « الوسيط »[1] ، والمصنف في « التنقيح » ، ومسودة « شرح المهذب » ، وأهمله الرافعي ، والمصنف في باقي كتبه ، وأما السنُّ . . فلا يكاد يعرف ؛ فإن عرف . . وُصِف به ؛ كما في « الشرح » و« الروضة »[2] .

(**وفي اللحم : لحم بقر ، أو ضأن ، أو معز ، ذكرٍ خصيٍّ رضيع معلوف ، أو ضدها**) أي : ضدِّ ما ذكر ، فضد الذكر : الأنثىٰ ، والخصي : الفحل ، والرضيع : الفطيم ، أو الجذع ، أو الثني ، وضد المعلوفة : الراعية ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، فلحم الراعية أطيب ، والمعلوفة أدسم ، ولو كان في بلد لا يختلف الراعي فيها والمعلوف . . لم يلزم ذكره ، قاله الماوردي ، وأشار إليه الرافعي[3] ، ولا بدَّ في البقر من بيان نوعه ؛ كجواميس أو عِرَاب .

(**من فخذ أو كتف أو جنب**) أو غيرها ؛ لاختلاف الغرض ، فكلما قرب من المرعىٰ والماء . . فهو أطيب ، فلحم الرقبة أطيب ؛ لقربه ، ولحم الفخذ أدون ؛ لبعده .

(**ويقبل عظمه على العادة**) عند الإطلاق ؛ لأنه كالنوىٰ من التمر ، فإن شرط نزعه . . جاز ، ولم يجب قبوله .

(**وفي الثياب : الجنس**) كقطن أو كتان ، والنوع ؛ ككتان ربيعي أو صيفي ،

---

(١) الوسيط (٣/ ٤٤٠) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤١٦) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٠) .
(٣) الحاوي الكبير (٧/ ٥٠) ، الشرح الكبير (٤/ ٤١٦) .

وَٱلطُّولُ وَٱلْعَرْضُ ، وَٱلْغِلَظُ وَٱلدِّقَّةُ ، وَٱلصَّفَاقَةُ وَٱلرِّقَّةِ ، وَٱلنُّعُومَةِ وَٱلْخُشُونَةِ ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى ٱلْخَامِ . وَيَجُوزُ فِي ٱلْمَقْصُورِ ، وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ ٱلنَّسْجِ ؛ كَٱلْبُرُودِ ، وَٱلأَقْيَسُ : صِحَّتُهُ فِي ٱلْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : مَنْعُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ ٱلْجُمْهُورُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَفِي ٱلتَّمْرِ : لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ ، وَصِغَرُ ٱلْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا ، وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ . وَٱلْحِنْطَةُ وَسَائِرُ ٱلْحُبُوبِ كَٱلتَّمْرِ . . . .

وكذلك البلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض .

(**والطول والعرض ، والغلظ والدقة ، والصَّفاقة والرقة ، والنعومة والخشونة**) لاختلاف الغرض في ذلك .

والغلظ والدقة بالدال يرجعان إلىٰ كيفية الغزل ، والصفاقة والرقة بالراء يرجعان إلىٰ كيفية النسج ، فإن الصفاقة : انضمام بعض الخيوط إلىٰ بعض ، والرقة : ضدها .

والواو في (الغلظ والدقة والصفاقة والرقة) بمعنىٰ أو ؛ يعني : إما هـٰذا أو هـٰذا .

(**ومطلقه يحمل على الخام**) لأن القصر صفة زائدة .

(**ويجوز في المقصور ، و**) في (**ما صبغ غزله قبل النسج ؛ كالبرود**) إذا بيَّن الصبغَ ولونه ، وكونه في الشتاء أو الصيف ؛ كما قاله الماوردي[1] .

(**والأقيس : صحته في المصبوغ بعده**) أي : النسج ؛ كما في الغزل المصبوغ .

(**قلت : الأصحُّ : منعه ، وبه قطع الجمهور ، والله أعلم**) لأن الصبغ عين برأسه ، وهو مجهول ، ويمنع أيضاً من معرفة صفات الثوب ؛ لسدِّه الفُرَجَ ، بخلاف ما قبل النسج ، وهـٰذا ما نصَّ عليه في « البويطي » ، وقال الرافعي في « شرحيه » : إنه **المشهور** ، لكن قال : **إن الأقيس** : الجواز[2] .

(**وفي التمر : لونه**) كأبيض وأحمر (**ونوعه**) كمَعْقِليٍّ ، أو بَرْني (**وبلده**) كبغدادي أو بصري (**وصغر الحبَّات وكبرها**) فإن الصغير أقوىٰ من الكبير وأشدّ (**وعتقه وحداثته**) وتوسطه بينهما ؛ لاختلاف الغرض به .

(**والحنطةُ وسائر الحبوب كالتمر**) في الشروط السابقة .

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٥٧) .

(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٠) .

وَفِي ٱلْعَسَلِ : جَبَلِيٌّ أَوْ بَلَدِيٌّ ، صَيْفِيٌّ أَوْ خَرِيفِيٌّ ، أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلْعِتْقُ وَٱلْحَدَاثَةُ . وَلاَ يَصِحُّ فِي ٱلْمَطْبُوخِ وَٱلْمَشْوِيِّ ، وَلاَ يَضُرُّ تَأْثِيرُ ٱلشَّمْسِ . وَٱلأَظْهَرُ : مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ ٱلْحَيَوَانِ . وَلاَ يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ ؛ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا . . . .

(**وفي العسل : جبلي أو بلدي**) لأن الجبلي أطيب (**صيفي أو خريفي**) لأن الخريفي أجود (**أبيض أو أصفر**) لتفاوت الغرض بذلك ، ونقل السبكي عن الماوردي أنه لا بدَّ أن يبين مرعاه وقوته ورقته[1] .

(**ولا يشترط العتق والحداثة**) لأن العسل لا يتغير أبداً بل كلُّ شيء يُحفظ به ، قال الرافعي : لكن نصَّ في « الأم » على اشتراطه ، وجرىٰ عليه الماوردي[2] .

(**ولا يصحُّ في المطبوخ والمشوي**) لتأثير النار فيهما تأثيراً لا ينضبط .

نعم ؛ يستثنىٰ من (**المشوي**) : الجصُّ والزجاج ، والأواني من الفَخَّار والآجرِّ ؛ **فإن المذهب فيها** : الجواز ، وكذلك الفحم ؛ كما قاله الأَذْرَعي ، وقال السبكي : لم أجد فيه نقلاً ، ولا بأس بالإفتاء بالجواز ، وبسط ذلك .

واستثنى المصنف في « **تصحيح التنبيه** » : ما ناره لطيفة ؛ كالسكر والفانيد والدِّبْس واللبأ[3] ، **وفيه بحث** .

(**ولا يضر تأثير الشمس**) في تصفية العسل وغيره ؛ لعدم اختلافه .

(**والأظهر : منعه في رؤوس الحيوان**) لأن معظمها العظم ، وهو غير مقصود ، **والثاني** : الجواز ؛ كاللحم .

ومحل الخلاف : ما إذا كانت مُنقَّاةً من الشعر موزونةً نِيَّةً ، وإلا . . فلا يجوز قطعاً .

(**ولا يصحُّ في مختلفٍ ؛ كبُرْمة**) وهو القدر (**معمولة ، وجلد وكُوز وطسٍّ وقُمْقُم ومنارة وطِنْجير**) وهو الدَّسْتُ (**ونحوها**) كالأباريق والحِباب ؛ لندرة اجتماع الوزن

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٥٣) .

(٢) الأم (٤/ ٢١٤) ، الحاوي الكبير (٧/ ٣٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٠٧) .

وَيَصِحُّ فِي ٱلأَسْطَالِ ٱلْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا صُبَّ مِنْهَا فِي قَالَبٍ . وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ ٱلْجَوْدَةِ وَٱلرَّدَاءَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى ٱلْجَيِّدِ . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ ٱلْعَاقِدَيْنِ ٱلصِّفَاتِ ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي ٱلأَصَحِّ .

فَصْلٌ

[في بيان أخذ غير المسلم فيه عنه ووقت أدائه ومكانه]

لاَ يَصِحُّ أَنْ يُسْتَبْدَلَ عَنِ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرُ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ ، ....

فيها مع الصفات المشروطة ، ولتعذر ضبطها ؛ إما لاختلاف الأجزاء في الدقة والغلظ كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ؛ كالأمثلة المذكورة .

وما أطلقه من المنع في الجلد ، قال الأَذْرَعي : **إنه المشهور** ، لكن في « الرافعي » : يجوز السلم في القِطَع منه وزناً ، وأسقط المسألة من « الروضة »[(١)] .

(**ويصحُّ في الأسطال المربعة**) لعدم اختلافها ، بخلاف الضيقة الرؤوس ، (**وفيما صُبَّ منها**) أي : من هـٰذه الأشياء المذكورة (**في قالب**) لانضباطه .

(**ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة**) في كلِّ ما يسلم فيه (**في الأصحِّ** ، **ويحمل مطلقه على الجيد**) للعرف ، **والثاني** : يشترط ؛ لاختلاف الغرض بهما ، وهو اختيار العراقيين ، قال في « زيادة الروضة » : (ونصَّ عليه في مواضع من « الأم » نصّاً صريحاً)[(٢)] .

(**ويشترط معرفة العاقدين الصفات**) فلو جهلاها أو أحدهما . . لم يصحَّ ؛ كالبيع .

(**وكذا غيرهما في الأصحِّ**) ليرجع إليه عند تنازعهما ، **وهو المنصوص** ، **والثاني** : لا يشترط ، والنصُّ محمول على الاحتياط ، وعلى الأول : يكفي معرفة عدلين **على الأصح** ، **وقيل** : تعتبر الاستفاضة .

* * *

(**فصل : لا يصح أن يستبدل عن المُسلم فيه غيرُ جنسه ونوعه**) لأنه بيع للمبيع قبل

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٢٢) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٨) .

وَقِيلَ : يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلاَ يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَرْدَأُ مِنَ ٱلْمَشْرُوطِ وَلاَ يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَٱمْتَنَعَ ٱلْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ بِأَنْ كَانَ حَيَوَاناً أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ . . لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِلاَّ . . فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ . . أُجْبِرَ ، . . . .

قبضه ، وهو ممتنع ، (وقيل : **يجوز في نوعه ولا يجب**) يعني : إذا أحضر المُسلَم فيه بصفته . . وجب قبوله ، أو بنوع غيره ؛ كالمَعْقِلي عن البَرْني ، أو الزبيب الأبيض عن الأسود . . لم يجب قبوله ؛ لاختلاف الغرض ، **وقيل** : يجب ، وعلى الأول ؛ قيل : يجوز ؛ لأن الجنس يجمعهما ، فكان كما لو اتحد النوع واختلفت الصفة ، **والأصح** : المنع ؛ لِشَبَه الاعتياض .

(**ويجوز أردأ من المشروط**) لأنه جنس حقِّه ، والفائت صفة ، ويجوز المسامحة بالصفة ، كما يجوز دفع الأجود ، (**ولا يجب**) لأنه دون حقِّه (**ويجوز أجود**) قطعاً .

(**ويجب قبوله في الأصحِّ**) لأن بَذْله له يشعر بأنه لا يجد سبيلاً إلىٰ براءة ذمته بغير ذلك ، وذلك يُهوِّن أمر المنة ، فامتناعه عنه عبث فيجبر علىٰ قبوله ، **والثاني** : لا يجب ؛ للمنة .

(**ولو أحضره قبل مَحِلِّه**) بكسر الحاء (**فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ؛ بأن كان حيواناً ، أو وقت غارة . . لم يجبر**) لمؤنة العلف في الحيوان ، وخوف النهب في الإغارة ، ولا بدَّ في الحيوان من كون المدة الباقية من الأجل يحتاج فيها ذلك الحيوان إلىٰ مؤنة لها وَقْعٌ ؛ فلو قصرت المدة . . لم يكن له الامتناع ، وقد قيد في « المحرر » بذلك[1] .

وقوله : (غارة) **الأفصح** : إغارة ؛ كما استعمله المصنف في (الهدنة)[2] .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن له غرض صحيح في الامتناع ، (**فإن كان للمؤدي غرضٌ صحيح ؛ كفكِّ رهن**) أو براءة ضامن (. . **أجبر**) لأن امتناعه تعنتٌ .

---

(١) المحرر (ص ١٦٢) .

(٢) منهاج الطالبين (ص٥٣٠) .

وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ ٱلْبَرَاءَةِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ وَجَدَ ٱلْمُسْلِمُ ٱلْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ ٱلْمَحِلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ ٱلتَّسْلِيمِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ٱلأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ ، وَلاَ يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَإِنِ ٱمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ . . لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ ، أَوْ كَانَ ٱلْمَوْضِعُ مَخُوفاً ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : إِجْبَارُهُ .

فَصْلٌ

[في القرض]

ٱلإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ ، ....

(**وكذا لمجرد غرض البراءة في الأظهر**) لما ذكرناه من التعنت ، **والثاني** : لا يجبر ؛ للمنة .

(**ولو وجد المُسلِمُ المُسلَمَ إليه بعد المحلِّ**) بكسر الحاء (**في غير محلِّ التسليم**) بفتح الحاء ، وهو مكانه (. . **لم يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤنة**) لعدم التزامه لها ، بخلاف ما لا مؤنة لنقله ؛ كالنقد .

(**ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح**) لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه ، **والثاني** : نعم ؛ لأن الأخذ للحيلولة ليس بعوض حقيقي ؛ لأنهما لو اجتمعا في مكان التسليم . . تعين ردُّ القيمة ، وأخذ المسلم فيه ، **وعلى الأول** : يجوز للمسلم الفسخ واسترداد رأس ماله ؛ كما لو انقطع المسلم فيه .

(**وإن امتنع من قبوله هناك**) أي : في غير محل التسليم (. . **لم يجبر إن كان لنقله مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً**) لما فيه من الضرر ، فإن رضي بأخذه . . لم يجب له مؤنة النقل ، (**وإلا . . فالأصحُّ : إجباره**) الخلاف مبني على القولين في التعجيل قبل المَحِلِّ ، وقد مرَّ تعليلهما .

* * *

(**فصل : الإقراض مندوب**) إليه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ ﴾ ، ولحديث : « مَنْ نَفَّسَ عَنْ أَخِيهِ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ ٱلدُّنْيَا . . نَفَّسَ ٱللهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ ٱلْقِيَامَةِ » رواه مسلم[1] .

---

(١) صحيح مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَصِيغَتُهُ : (أَقْرَضْتُكَ) ، أَوْ (أَسْلَفْتُكَ) ، أَوْ (خُذْهُ بِمِثْلِهِ) ، أَوْ (مَلَّكْتُكَهُ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ) . وَيُشْتَرَطُ : قَبُولُهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي ٱلْمُقْرِضِ : أَهْلِيَّةُ ٱلتَّبَرُّعِ . وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ . . . .

(**وصيغته : « أقرضتك » ، أو « أسلفتك » ، أو « خذه بمثله » ، أو « ملَّكْتُكَهُ علىٰ أن تردَّ بدله »**) لأن كلاًّ منها يدلُّ على المقصود ، فإن اقتصر علىٰ قوله : (ملَّكتُكه) . . كان هبةً .

(**ويشترط : قبوله في الأصحِّ**) كسائر التمليكات ، **والثاني** : لا ؛ لأن القرض إباحةُ إتلاف علىٰ سبيل الضمان ، وليس سبيله سبيلَ المعاوضات ؛ بدليل الرجوع فيه ما دام باقياً ، وعدم اشتراط قبضه إذا كان رِبَوياً .

(و) يشترط (**في المقرِض : أهلية التبرع**) لأنه تبرع أو مشوب به ، ولهـٰذا امتنع تأجيله ؛ لأن المتبرع ينبغي تخييره ، فلا يجوز إقراض مال المحجور عليه من غير ضرورة **على الأصح** .

نعم ؛ يُستثنى القاضي ؛ فإنه يجوز له إقراض مال المحجور عليه من غير ضرورة **على الأصح** في « الشرح » ، و« الروضة » في (باب الحجر) لكثرة أشغاله[١] .

ويجوز له أيضاً : إقراض مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلىٰ أن يجتمع المال كلُّه ، نصَّ عليه .

وأورد : المحجور عليه بسفه ، فإن وصيته وتدبيره . . تبرع نافذ منه **على المذهب** ، وكذا تبرعه بمنفعة بدنه الخفيفة ، ولا يصحُّ إقراضه .

فلو قال : (التبرع بالمال حالا) . . لخرج ذلك .

(**ويجوز إقراض ما يسلم فيه**) لأنه يصحُّ ثبوته في الذمة سواء العين والمنفعة ؛ كما صرح به في « التتمة » .

وما وقع في « زوائد الروضة » نقلاً عن « فتاوى القاضي » من أنه لا يجوز إقراض المنافع ؛ لأنه لا يجوز السلم فيها وأقره . . معترضٌ ، كما بيَّنه في « المهمات »[٢] .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٨٣) ، روضة الطالبين (٤/ ١٩١) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٣) ، المهمات (٥/ ٣١٥) .

إِلاَّ ٱلْجَارِيَةَ ٱلَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَمَا لاَ يُسْلَمُ فِيهِ لاَ يَجُوزُ إِقْرَاضُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(**إلا الجاريةَ التي تحلُّ للمقترض في الأظهر**) لأنه قد يطؤها ويردها ، فتصير في معنىٰ إعارة الجواري للوطء ، وهو ممتنع ، كما نقله مالك عن إجماع أهل المدينة[1] ، **والثاني** : يجوز ؛ كالعبد .

واحترز بقوله : (تحل) عن المَحْرم ؛ فإنه يجوز إقراضها ، ويجوز للمرأة اقتراضها مطلقاً ، والخنثىٰ كالمرأة في استقراضه الجاريةَ ، قاله في « شرح مسلم »[2] ، قال السبكي : **وفيه نظر** .

(**وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه في الأصحِّ**) الخلاف مبني علىٰ أن الواجب في المتقومات المثلُ الصوري أو القيمة ؛ إن قلنا بالأول . . لم يجز ؛ لتعذر ضبطه حتىٰ يرد مثله ، وإن قلنا بالثاني . . جاز .

ويستثنىٰ : الخبز ؛ **فإن المختار في « الشرح الصغير »** : الجواز ؛ للحاجة وإطباق الناس عليه ، وكلام « زيادة الروضة » يقتضي ترجيحه[3] ، فيرد مثله وزناً ؛ كما نقلاه عن « البيان » ، وأقراه[4] .

وفي « الكافي » يجوز إقراضه وزناً وعدداً ، قيل : ولعله أراد الجمع بين العدد والوزن ؛ محافظة على المثل الصوري .

ويستثنىٰ أيضاً : جزء الدار فلا يصحُّ السلم فيه قطعاً ، ويصحُّ إقراضه ؛ كما نقلاه في (الشفعة) عن « التتمة » وأقراه ، لكن جزم الماوردي بمنع قرض العقار ، وحمل علىٰ قرض جميعه[5] ، وقول المتولي : على الجزء فقط ، **ففيه نظر** .

وقوله : (وما لا يسلم فيه) ؛ أي : في نوعه ، وإلا . . وردت الأعيان ؛ فإنه لا يُسلَم فيها ، ومع ذلك يجوز إقراضها .

---

(١) الموطأ (٢/ ٦٨٢ـ ٦٨٣) .
(٢) شرح صحيح مسلم (١١/ ٣٧) .
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٣٣) .
(٤) الشرح الكبير (٤/ ٤٣٢) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٣) .
(٥) الشرح الكبير (٥/ ٤٩٧) ، روضة الطالبين (٥/ ٧٨) الحاوي الكبير (٦/ ٤٣٢ـ ٤٣٣) .

وَيَرُدُّ ٱلْمِثْلَ فِي ٱلْمِثْلِيِّ ، وَفِي ٱلْمُتَقَوِّمِ ٱلْمِثْلَ صُورَةً ، وَقِيلَ : ٱلْقِيمَةَ . وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ ٱلْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ . . طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ ٱلْإِقْرَاضِ . وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ ، فَلَوْ رَدَّ هَـٰكَذَا بِلاَ شَرْطٍ . . فَحَسَنٌ ، وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّراً عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ . . لَغَا ٱلشَّرْطُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَفْسُدُ ٱلْعَقْدُ . . . .

(ويرد المثلَ في المثلي) لأنه أقرب إلىٰ حقِّه ، (وفي المتقوم المثلَ صورة) لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بَكْراً وردَّ رَباعياً ، وقال : « إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » رواه مسلم[(١)] ، ولأنه لو وجبت القيمة . . لافتُقِر إلى العلم بها ، (وقيل : القيمة) كما لو أتلف مُتقوّماً ، **والمعتبر** : قيمة يوم القبض إن قلنا : يملك بالقبض ، فإن قلنا : بالتصرف . . فيعتبر الأكثر من يوم القبض إلى التصرف .

(ولو ظفر به في غير محلِّ الإقراض وللنقل مؤنة . . طالبه بقيمة بلد الإقراض) يوم المطالبة لا بالمثل ؛ لما فيه من الكلفة .

(ولا يجوز بشرط ردِّ صحيح عن مكسَّر أو زيادةٍ) على القدر المقبوض ، ويفسد به العقد ؛ لحديث : « كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً . . فَهُوَ رِباً » ، لكنه ضعيف ، وقد روى البيهقي معناه عن جمع من الصحابة[(٢)] .

(فلو ردَّ هـٰكذا بلا شرط . . فحسن) للحديث السالف .

نعم ؛ لو كان للمستقرض عادةٌ بردِّ زيادةٍ . . ففي كراهيته وجهان في « زيادة الروضة »[(٣)] .

(ولو شرط مكسَّراً عن صحيح أو أن يُقرضه غيرَه . . لغا الشرط) لأنه وعدُ تبرع .

(والأصحُّ : أنه لا يفسد) به (العقد) لأن المنهي عنه جرُّ المقرض النفعَ إلىٰ نفسه ، وهنا النفع للمستقرض ؛ لأنه زاد في المسامحة ، ووعد وعداً حسناً ، **والثاني** : يفسد ؛ لمنافاته مقتضى العقد ، وهو المصحح في نظيره من الرهن .

---

(١) صحيح مسلم (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه ، البَكْر : الفتي من الإبل ، والرَّباع : يقال للغنم في السنة الرابعة ، وللبقر والحافر في السنة الخامسة ، والخفّ في السنة السابعة . اهـ هامش (أ) .

(٢) سنن البيهقي (٥/ ٣٥٠) .

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٣٤) .

وَلَوْ شَرَطَ أَجَلاً . . فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ ، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ . . فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَهُ شَرْطُ رَهْنٍ وَكَفِيلٍ . وَيُمْلَكُ ٱلْقَرْضُ بِٱلْقَبْضِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِٱلتَّصَرُّفِ . وَلَهُ ٱلرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِياً بِحَالِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ .

والفرق على الأصح : أن وضع القرض علىٰ جرِّ المنفعة إلى المستقرض ؛ فلا يفسد القرض باشتراطه .

(**ولو شرط أجلاً . . فهو كشرط مكسَّر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض**) لأنه رفقٌ فيصحُّ العقد ، ولا يلزم الأجل ؛ لأنه عقد يمتنع فيه التفاضلُ ، فامتنع فيه الأجل ؛ كالصرف .

(**وإن كان**) له غرضٌ (**كزمن نهب**) والمستقرضُ مليءٌ ؛ كما قيداه في « الشرح » ، و« الروضة »[1] (**. . فكشرط صحيح عن مكسر في الأصحِّ**) لما فيه من جرِّ المنفعة ، **والثاني** : أنه كالتأجيل لغير غرض ، فيلغو الشرط ويصحُّ العقد .

(**وله شرط رهن وكفيل**) وإشهاد ، أو إقراره به عند الحاكم ؛ لأنه توثقةٌ للعقد ولا زيادة فيه .

(**ويُملك القرض بالقبض**) كالهبة ، ولأنه لو لم يملك به . . لامتنع عليه التصرف فيه ، (**وفي قول : بالتصرف**) لأنه ليس تبرعاً محضاً ؛ إذ يجب فيه البدل ، ولا معاوضة محضة ؛ إذ له الرجوع فيه ما دام باقياً ، كما سيأتي ، فوجب أن يملك بعد استقرار بدله للمقرض ، وإذا قلنا بهـٰذا . . **فمعناه** : أنه إذا تصرف . . تبين حصول الملك قبله .

والمراد بـ(التصرف) : تصرف يزيل الملك **على الأصح** .

(**وله الرجوع في عينه ما دام باقياً**) في ملك المقترض (**بحاله في الأصحِّ**) لأن له تغريمَ بدله عند فواته ؛ فالمطالبة بعينه أولىٰ ، **والثاني** : لا ، بل للمقترض أن يؤدي حقَّه من موضع آخر ؛ صيانةً لملكه ؛ كسائر الديون .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٣٤) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٤) .

. . . .

ومحل الخلاف : إذا قلنا : يملك بالقبض ، فإن قلنا : بالتصرف . . رجع فيه جزماً .

واحترز بقوله : (بحاله) : عما إذا تعلق به حقٌّ لازم ؛ كما لو رهنه أو كاتبه أو جنىٰ ، فتعلق الأرش برقبته . . فإنه لا رجوع ، ولو زاد زيادة منفصلة . . أخذه بدونها ، أو متصلة ؛ كالسمن . . أخذه معها ، وإن نقص . . قال الماوردي : فإن شاء . . أخذه مع الأرش ، وإن شاء . . أخذ مثله سليماً[1] .

* * *

---

(١) الحاوي الكبير (٦/٤٣٦) .

كِتَابُ الرَّهْنِ

لاَ يَصِحُّ إِلاَّ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ . فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ ٱلْمُرْتَهِنِ بِهِ ، أَوْ مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَٱلإِشْهَادِ ، أَوْ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ . . صَحَّ ٱلْعَقْدُ . وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ ٱلْمُرْتَهِنَ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنُ . وَإِنْ نَفَعَ ٱلْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ ٱلرَّاهِنَ ؛ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ . . بَطَلَ ٱلشَّرْطُ ، وَكَذَا ٱلرَّهْنُ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

(كتاب الرهن)

هو لغةً : الثبوت ، **وشرعاً** : جعل عين مال وثيقةً بدينٍ يُستوفىٰ منها[1] .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ ورهن صلى الله عليه وسلم درعاً له عند يهودي علىٰ شعير لأهله ، متفق عليه[2] .

(**لا يصحُّ إلا بإيجاب وقبول**) لأنه عقدٌ ماليٌّ فافتقر إليهما ؛ كالبيع .

(**فإن شرط فيه مقتضاه ؛ كتقدم المرتهن به ، أو مصلحة للعقد ؛ كالإشهاد ، أو ما لا غرض فيه . . صحَّ العقد**) كالبيع .

(**وإن شرط ما يضرُّ المرتهن**) كشرط عدم بيعه عند المحلِّ (. . **بطل الرهن**) لمنافاته المقصود .

(**وإن نفع المرتهن وضرَّ الراهن ؛ كشرط منفعته للمرتهن . . بطل الشرط**) لحديث : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ ٱللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ »[3] .

(**وكذا الرهن في الأظهر**) لمخالفته مقتضى العقد ؛ كالشرط الذي يضرُّ بالمرتهن ، **والثاني** : لا يبطل ، بل يلغو الشرط ويصحُّ العقد ؛ لأنه تبرع فلم يؤثر ذلك فيه كالقرض .

ومحل البطلان : إذا أطلق المنفعة ، فلو قيدها وكان الرهن مشروطاً في بيع ؛ كقوله : (وتكون منفعة لي سنةً) . . فهـٰذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، **والأظهر** : الصحة .

---

(١) زاد في « الكفاية » [٩/ ٣٩٤] : (عند تعذر الاستيفاء) . اهـ هامش (أ) .

(٢) صحيح البخاري (٢٠٦٩) ، صحيح مسلم (١٦٠٣) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٢٧٣٥) ، ومسلم (٦/١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً . . فَٱلأَظْهَرُ : فَسَادُ ٱلشَّرْطِ ، وَأَنَّهُ مَتَىٰ فَسَدَ . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ . وَشَرْطُ ٱلْعَاقِدِ : كَوْنُهُ مُطْلَقَ ٱلتَّصَرُّفِ ، فَلاَ يَرْهَنُ ٱلْوَلِيُّ مَالَ ٱلصَّبِيِّ وَٱلْمَجْنُونِ ، وَلاَ يَرْتَهِنُ لَهُمَا إِلاَّ لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ . . . .

(ولو شرط أن تَحدُث زوائدُه مرهونةً . . فالأظهر : فساد الشرط)[1] لأنها معدومة ومجهولة ، **والثاني** : لا ؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يتعدىٰ للزوائد ؛ لضعفه ، فإذا قوي بالشرط . . سرىٰ وتبع .

واحترز بـ(الزوائد) كالثمرة ، والنِّتاج عن الأكساب ؛ فإن اشتراطها باطل على القولين ؛ لأنها ليست من أجزاء الأصل ، قال الماوردي : ولو شرط أن تكون المنافع مرهونةً . . بطل قطعاً[2] .

(**وأنه متىٰ فسد**) الشرط (. . **فسد العقد**) القولان هنا هما القولان في فساد الرهن بفساد الشرط النافع للمرتهن ، وقد مرَّ توجيههما .

(**وشرط العاقد**) راهناً كان أو مرتهناً (**كونه مطلق التصرف**) كالبيع (**فلا يرهن الولي مالَ الصبي والمجنون ، ولا يرتهن لهما**) أما الرهن . . فلأنه يمنع من التصرف ، وأما الارتهان . . فلأن الولي في حال الاختيار لا يبيع إلا بحالٍّ مقبوض قبل التسليم ؛ فلا ارتهان .

ولو قال : (ولا يرهن الولي مال محجوره) . . لكان أحسن ؛ ليعم السفيه ، أو يقول : (الولي) ، ويُطلق .

(**إلا لضرورة**) تحوج إلىٰ إقراضه ماله أو بيعه مؤجلاً ؛ كخوف نهب ، أو كان دينه مؤجلاً بسبب إرث أو غيره ؛ فيجوز له الارتهان ، أو إلى الاقتراض ؛ كحاجة النفقة وغيرها ، ويحتاج إلى الرهن .

(**أو غبطةٍ ظاهرة**) في الرهن ؛ كأن يشتري ما يساوي مئتين بمئة نسيئة ، ويرهن به ما يساوي مئة من ماله ؛ لأن المرهون إن سلم . . فلا كلام ، وإن تلف . . كان في المشترىٰ ما يجبره .

---

(١) في (ب) و(د) : (ولو شرط أن ما يحدث من زوائده مرهونة) .
(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٣٦٥) .

وشَرْطُ ٱلرَّهْنِ : كَوْنُهُ عَيْناً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ رَهْنُ ٱلْمُشَاعِ وَٱلأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ ، وَعِنْدَ ٱلْحَاجَةِ يُبَاعَانِ ، وَيُوَزَّعُ ٱلثَّمَنُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ تُقَوَّمُ ٱلأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ ٱلْوَلَدِ فَٱلزَّائِدُ قِيمَتُهُ . . . .

(وشرط الرهن) أي : المرهون (**كونه عيناً في الأصحِّ**) فلا يصحُّ رهن الدين ؛ لتعذر تسليمه ، **والثاني** : يصحُّ إذا كان علىٰ مقرٍّ ؛ تنزيلاً لما في الذمة منزلةَ العين .

ومحل المنع : في الابتداء ؛ أما لو جنىٰ على المرهون جانٍ . . فإنا نحكم على الأرش وهو في ذمته بأنه مرهون **على الأرجح في « زيادة الروضة »**[1] ؛ لامتناع الإبراء منه ، ولا يصحُّ رهن المنفعة جزماً ؛ لأنها تتلف شيئاً فشيئاً .

(**ويصحُّ رهن المُشاع**) ولا يحتاج إلىٰ إذن الشريك ، وقبضه بقبض الجميع ؛ كالبيع ، (**والأمِّ دون ولدها ، وعكسه**) حيث يمتنع التفريق بينهما ؛ لبقاء الملك فيهما ، فلا تفريق[2] ، (**وعند الحاجة يباعان**) حذراً من التفريق (**ويُوزَّع الثمن**) عليهما ؛ كما سيأتي .

(**والأصحُّ : أنه تُقوَّم الأم وحدها**) إذا كانت هي المرهونة ؛ لأنها الرهن ، فتقوَّم موصوفةً بكونها ذات ولد حاضنةً له ، فإذا قيل : قيمتها مئة مثلاً . . حُفظت ، (**ثم**) تُقوَّم (**مع الولد**) فإذا قيل : قيمتهما مئة وخمسون مثلاً (**فالزائد**) عن المئة وهو الخمسون (**قيمتُه**) فيوزع الثمن علىٰ هـٰذه النسبة ، فيكون للمرتهن ثلثا الثمن يقضي منه الدين ، وللراهن الثلث لا تعلق للمرتهن به ، **والوجه الثاني** : أن الأم تُقوَّم وحدها كما سبق ؛ فإذا قيل : قيمتها مثلاً مئة . . قومنا الولد وحده ؛ فإذا قيل : عشرون . . علمنا أن النسبة بينهما بالأسداس ، فيقسط الثمن عليهما علىٰ هـٰذه النسبة ؛ سدس للولد يختص به الراهن ، والباقي يتعلق به حقُّ المرتهن .

وفي هـٰذا التقويم تقل قيمة الولد ؛ لأنه يكون ضائعاً ، أما لو رهن الولد دونها . .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٠٠) .

(٢) قال في « العجالة » [٢/ ٧٥٧] : (وهـٰذه المسألة مستثناة من قولهم : « كلّ ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه ») انتهىٰ ، وفيه نظر ؛ فإن المراد : ما لا يجوز بيعه مطلقاً ، وهـٰذا يصحُّ بيعه ، وإنما منع منه مانع وهو التفريق . اهـ هامش (أ) .

وَرَهْنُ ٱلْجَانِي وَٱلْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا . وَرَهْنُ ٱلْمُدَبَّرِ ، وَمُعَلَّقِ ٱلْعِتْقِ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ ٱلدَّيْنِ . . بَاطِلٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

فإن التقويم ينعكس ، فيُقوَّم الولد وحده **على الأصح** محضوناً مكفولاً ، ثم مع أمه ؛ فالزائد قيمة الأم .

وحكمُ الولد مع الأب وغيره ممن يمتنع التفريق بينهما كحكمه مع الأم .

(**ورهن الجاني والمرتد كبيعهما**) وقد تقدم حكم بيع الجاني في (كتاب البيع) ، والمرتد في الكلام على الردِّ بالعيب ، وإذا صححناه . . فلا يكون ملتزماً للفداء عند الأكثرين ، بخلاف البيع ؛ لأن الجناية لا تنافي الرهن ، ومحلها باق بخلاف البيع .

(**ورهن المدبر ، ومعلَّقِ العتق بصفة يمكن سبقُها حلولَ** الدين . . **باطل على المذهب**) في رهن المدبر ثلاث طرق : **البطلان قطعاً** ، ورجحها في زوائد « الروضة » وقال الرافعي : إنها أقرب إلى النصِّ[1] ؛ لأن السيد قد يموت فجأة ، فيبطل مقصود الرهن ، **الصحة قطعاً** ، قال في « الروضة » : وهو قوي في الدليل[2] ، **قولان** ؛ بناءً علىٰ أنه وصية فيصحُّ ، أو تعليق عتق بصفة فلا .

وأما المُعلَّق عتقه بصفة لا يتيقَّن تقدمها على الحلول ولا تأخرها . . ففيه طريقان ؛ **أصحهما** : قولان ، **أظهرهما** : بطلانه ؛ للغرر ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لأن الأصل استمرارُ الرقِّ .

والثانية : القطع بالبطلان ؛ فإن تيقن **حلوله** قبل وجود الصفة بزمن يسع البيع . . صحَّ قطعاً ، وإن انعكس الأمر . . **فالمشهور** : القطع بالمنع ؛ لفوات مقصود الرهن ، **وقيل** : على القولين في رهن ما يسرع إليه الفساد .

والفرق على الأول : أن العاقل لا غرض له في إفساد ماله بخلاف العتق ، والخلاف في رهن معلق العتق في رهنه بمؤجل ، فإن رهنه بحالٍّ . . صحَّ مطلقاً .

ولو شرط في العقد بيع المعلق بصفة قبل وجودها . . قال ابن الرفعة : يصحُّ ، وقيد

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٤٦) ، الشرح الكبير (٤/ ٤٤٩) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٤٧) .

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ : فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ . . فُعِلَ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ ، أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعْلَ ٱلثَّمَنِ رَهْناً . . صَحَّ ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْناً ، وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَسَدَ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ ٱلأَجَلِ . . صَحَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

به كلامَ « التنبيه »[1] قال الأَذْرَعي : وهو ؛ يعني : ابنَ الرفعة متابع لابن أبي عصرون في ذلك ، وكلام الأصحاب ساكت عنه ، وكأنه أخذه من رهن ما يتسارع إليه الفساد ، وهو محتمل للتردد . انتهىٰ .

(**ولو رهن ما يَسرُع فساده**) بمؤجل يحلّ بعد الفساد أو معه أو قبله بزمن لا يسع البيع ، (**فإن أمكن تجفيفه ؛ كرطب**) يجيء منه تمر (. . **فعل**) حفظاً للرهن ، والمُجفِّف له هو المالك ، ومؤنته عليه ؛ كما قاله صاحب « المطلب » ، أما إذا كان يحلّ قبل فساده بزمن يسع البيع . . فإنه يُباع علىٰ حاله .

(**وإلا**) أي : وإن لم يمكن تجفيفه ؛ كالثمرة التي لا تجفف والبقول (**فإن رهنه بدين حالٍّ ، أو مؤجل يحلُّ قبل فساده**) بزمن يسع بيعه فيه على العادة ، (**أو شَرَط بيعه**) عند إشرافه على الفساد (**وجعل الثمن رهناً . . صحَّ**) لانتفاء المحذور ، (**ويباع عند خوف فساده ، ويكون ثمنُه رهناً**) من غير إنشاء عقد .

(**وإن شرط منع بيعه . . لم يصحَّ**) لمنافاته مقصودَ الرهن .

(**وإن أطلق**) فلم يشترط واحداً منهما (. . **فسد في الأظهر**) لتعذر الوفاء منه ؛ لأن البيع قبل المحِلِّ لم يأذن فيه ، وليس من مقتضى الرهن ، **والثاني** : يصحُّ ، ويباع عند الإشراف على الفساد ؛ كما لو شرط بيعه ؛ لأن الظاهر : أنه لا يقصد إتلاف ماله ، وصححه في « الشرح الصغير » .

(**وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل . . صحَّ في الأظهر**) لأن الأصل دوامُ المالية ، **والثاني** : يفسد ؛ لجهلنا إمكانَ البيع عند المحِلِّ ، وهو نظير ما صححه في المعلَّق عتقُه بصفة لا يعلم تتقدم أو تتأخر ، وقد تقدم الفرق .

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٤١٢) .

وَإِنْ رَهَنَ مَا لاَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ ؛ كَحِنْطَةٍ ٱبْتَلَّتْ . . لَمْ يَنْفَسِخِ ٱلرَّهْنُ بِحَالٍ . وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ : عَارِيَّةٌ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ ٱلشَّيْءِ ، فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ جِنْسِ ٱلدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، وَكَذَا ٱلْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ . . فَلاَ ضَمَانَ . . . .

(وإن رهن ما لا يَسرُع فساده فطرأ ما عرَّضه للفساد ؛ كحنطة ابتلَّت . . لم ينفسخ الرهن بحال) وإن منع الصحة في الابتداء علىٰ قول ؛ **لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء** ، وسواء طرأ قبل القبض أو بعده **على الأصح** ، فيباع عند تعذر التجفيف ، ويجعل ثمنه رهناً مكانه[1] .

(ويجوز أن يستعير شيئاً ليرهنه) بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر[2] ؛ لأن الرهن استيثاق ، وهو يحصل بما لا يملكه ؛ بدليل الإشهاد والكفالة .

(وهو في قول : عاريةٌ) لأنه قبض مال الغير بإذنه لينتفع به نوعَ انتفاع ؛ كالخدمة .

(والأظهر : أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء) لأن العارية ينتفع المستعير بها مع بقاء عينها ، والانتفاع هنا ببيعها في الدين ؛ فلم تكن عارية .

ثم إننا رأينا الرهن قد لزم بالقبض مع براءة ذمة المالك ؛ فلا مَحمِل له غيرُ الضمان في رقبة ما أعطاه ؛ كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره . . فإنه يصحُّ ، وتكون ذمة المالك فارغةً ، فكما ملك أن يُلزم دينَ الغير في ذمة مملوكه . . وجب أن يَملك إلزام ذلك في رقبته لأن كُلَّ واحد منهما محل حقِّه وتصرفه .

(فيشترط ذكر جنس الدين وقدرِه وصفته) لاختلاف الأغراض بذلك ؛ كما في الضمان ، (وكذا المرهون عنده في الأصحِّ) لما ذكرناه ، **والثاني** : لا يجب ؛ لضعف الغرض فيه .

(فلو تلف في يد المرتهن . . فلا ضمان) على المرتهن ؛ لأنه أمسكه رهناً لا عارية ، ولا **على** الراهن ؛ لأن التفريع علىٰ قول الضمان ، والضامن إنما يرجع بعد

---

(١) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، أيده الله تعالىٰ . اهـ هامش (أ) .
(٢) الإجماع (ص١٣٩) .

وَلاَ رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ ٱلْمُرْتَهِنِ ، فَإِذَا حَلَّ ٱلدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالاً . . رُوجِعَ ٱلْمَالِكُ لِلْبَيْعِ ، وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يُقْضَ ٱلدَّيْنُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ .

فَصْلٌ

[في شروط المرهون به ولزوم الرهن]

شَرْطُ ٱلْمَرْهُونِ بِهِ كَوْنُهُ دَيْناً ثَابِتاً ....

الأداء ، والحقّ هنا باق في الذمة .

وكلامه قد يفهم : وجوبَ الضمان على الراهن إذا تلف في يده وقلنا بأنه ضمان ، **وهو المذهب في « زيادة الروضة »**[1] .

(**ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن**) على القولين ، وإلا . . لم يكن لهـٰذا الرهن معنىً ؛ إذ لا وثوق به ، وأفهم جوازَ الرجوع قبل قبضه ، وهو كذلك ، وإن قلنا : إنه ضمان . . فإنه لم يلزم .

(**فإذا حلَّ الدين أو كان حالاً . . روجع المالك للبيع**) لأن المالك لو رهن عن دين نفسه . . لوجبت مراجعته ؛ فهنا أولىٰ .

(**ويباع إن لم يُقض الدين**) معسراً كان الراهن أو موسراً ؛ كما يطالب الضامن في الذمة مع يسار الأصيل وإعساره ، (**ثم يرجع المالك بما بيع به**) لانتفاع الراهن به في دينه ، وسواء أبِيعَ بالقيمة أم بأكثر أم بأقل بمقدار يُتغابَنُ به .

* * *

(**فصل : شرط المرهون به : كونه ديناً**) فلا يصحُّ الرهن بالعين ؛ لأنه يستحيل استيفاء تلك العين من المرهون ، ومن هنا يؤخذ : بطلان ما جرت به العادةُ من أخذ الرهن علىٰ عارية الكتب الموقوفة ، وبه صرح الماوردي ، لكن أفتى القفال فيما إذا وقف كتاباً أو غيره ، وشرط ألاّ يعار إلا برهن . . بلزوم هـٰذا الشرط ، ولا يُعارُ إلا برهن .

(**ثابتاً**) فلا يصحُّ بما لم يثبت ، سواء وجد سبب وجوبه ؛ كنفقة زوجته في الغد أم

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٥٢) .

لاَزِماً ، فَلاَ يَصِحُّ بِٱلْعَيْنِ ٱلْمَغْصُوبَةِ وَٱلْمُسْتَعَارَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ بِمَا سَيُقْرِضُهُ . وَلَوْ قَالَ : (أَقْرَضْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمَ وَٱرْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ) ، فَقَالَ : (ٱقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ) ، أَوْ قَالَ : (بِعْتُكَ بِكَذَا وَٱرْتَهَنْتُ ٱلثَّوْبَ) ، فَقَالَ : (ٱشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ) . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ بِنُجُومِ ٱلْكِتَابَةِ ، وَلاَ بِجُعْلِ ٱلْجِعَالَةِ قَبْلَ ٱلْفَرَاغِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ . . . .

لا ؛ كرهنه علىٰ ما سيقرضه غداً ؛ لأن الرهن وثيقة ، فلا يتقدم على الحقِّ ؛ كالشهادة .

(**لازماً**) فلا يصحُّ بما لم يلزم ، ولا يؤول إلى اللزوم ؛ كمال الكتابة ؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين .

(**فلا يصحُّ بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصحِّ**) لما تقدم ، **والثاني** : يصحُّ ؛ كضمانهما **على الأصحِّ** .

ولو عبر بـ(العين المضمونة) . . لكان أخصر وأشمل ؛ لتناوله المُستامَ والمأخوذَ ببيع فاسد ، والمبيعَ والصداق قبل القبض ، (**ولا بما سيقرضه**) لعدم الثبوت .

(**ولو قال** : « **أقرضتك هـٰذه الدراهم وارتهنت بها عبدك** » ، **فقال** : « **اقترضت ورهنت** » ، **أو قال** : « **بعتك بكذا وارتهنت الثوب** »[1] ، **فقال** : « **اشتريت ورهنت** » . . **صحَّ في الأصحِّ**) للحاجة إليه ؛ فإنه لو لم يعقد الرهن بل شرطه . . لكان المشروط عليه ربما لا يفي به ؛ فجُوِّزَ عقده مع العقد المقتضي للدين ، **والثاني** : لا يصحُّ ، قال الرافعي : **وهو القياس** ؛ لأن أحد شقي العقد قد تقدم علىٰ ثبوت الدين[2] ، وهـٰذا الترتيب الذي ذكره المصنف شرط .

(**ولا يصحُّ بنجوم الكتابة ، ولا بجُعل الجعالة** قبل **الفراغ**) لعدم اللزوم ؛ إذ للمكاتب والمجعول له الفسخ ؛ فإن فرغ العامل من عمله . . صحَّ ؛ كما أفهمه كلامُه للزومه ، (**وقيل** : **يجوز بعد الشروع**) لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم ؛ فأشبه الثمن في مدة الخيار .

---

(١) في (ب) : (بعتكه بكذا وارتهنت به الثوب) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٤٥٨) .

وَيَجُوزُ بِٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ ، وَبِٱلدَّيْنِ رَهْناً بَعْدَ رَهْنٍ . وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ ٱلْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

وصورة المسألة : أن يقول : (مَنْ ردَّ عبدي . . فله دينار) فقال رجل : (ائتني برهن وأنا أرده) .

(**ويجوز بالثمن في مدة الخيار**) لأنه يؤول إلى اللزوم ، (**وبالدين رهناً بعد رهن**)[1] أي : ويجوز إنشاء رهن بعد رهن بالدين الواحد ؛ لأنه زيادة في الوثيقة .

(**ولا يجوز أن يرهنه المرهونَ عنده بدين آخر في الجديد**) وإن وفىٰ بالدينين ؛ كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن ، **والقديم** : الجواز ، **ونصَّ عليه في الجديد أيضاً** ؛ كما تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد .

وفرق الأول : بأن الدين يشغل الرهن ولا ينعكس ؛ فالزيادة في الرهن شغل فارغ ، فيصحُّ ، والزيادة في الدين شغل مشغول ، فلا يصحُّ .

وقيد ابن الملقن قولَ المصنف : (بدين آخر) بما إذا كان من جنس الأول ، ثم قال : (أما لو كان الأول دراهم ، والثاني دنانير . . فوجهان : **أقيسُهما** في « الاستقصاء » : الجواز) انتهىٰ[2] ، ووهم في ذلك ، والذي في « الاستقصاء » : إذا قلنا بالجواز فاختلف الجنس . . فوجهان .

وأما على الجديد . . فلا فرق في المنع بين كون الدين الثاني من جنس الأول أو لا ، وبه صرح الدَّارِمي وغيرُه ، نبَّه علىٰ ذلك الأَذْرَعي ، وقال : إنَّ جعل هـٰذه الصورة مستثناةً **على الجديد** ، ويقيّدَ بها إطلاقُ « الكتاب » هفوةٌ فاحشةٌ .

نعم ؛ يستثنىٰ على الجديد : ما لو جنى المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ؛ ليكون مرهوناً بالدين والفداء . . **فالمذهب** : القطع بالجواز ؛ لأنه من مصالح الرهن ؛ لتضمنه استيفاءه .

وكذا لو أنفق المرتهن على المرهون بإذن الحاكم ؛ لعجز المالك عن النفقة أو

---

(١) في (د) : (وبالدين رهن بعد رهن) .

(٢) عجالة المحتاج (٢/ ٧٦٠) .

وَلاَ يَلْزَمُ إلاَّ بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ . وَتَجْرِي فِيهِ ٱلنِّيَابَةُ لَـٰكِنْ لاَ يَسْتَنِيبُ رَاهِناً ، وَلاَ عَبْدَهُ ، وَفِي ٱلْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ ، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ . وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوباً عِنْدَ غَاصِبٍ . . لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ ، . . . .

لغيبته ، وأراد أن يكون مرهوناً بهما ؛ كما حكاه في « زيادة الروضة » عن أبي الطيب ، وأقره[1] .

(**ولا يلزم**) من جهة الراهن (**إلا بقبضه**) فلو امتنع الراهن منه ، أو فسخ قبله . . جاز ؛ لأنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول ، فلا يلزم إلا بالقبض ؛ كالقرض ، **والمراد بالقبض** : القبض المعهود في البيع (**ممن يصحُّ عقده**) أي : يشترط في كلٍّ من القابض والمُقبض : أن يكون ممن يصحُّ عقده على الرهن ، فلا يصحُّ من محجور عليه قبضٌ ولا إقباضٌ ، بل يتعاطاهما الولي حيث يجوز له تعاطي العقد .

(**وتجري فيه النيابة**) من الطرفين ؛ كما تجري في العقد (**لكن لا يستنيب**) **المرتهن** (**راهناً**) في القبض لنفسه ؛ لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمُقبض .

فلو كان الراهن وكيلاً في الرهن فقط ، فوكله المرتهن في القبض من المالك . . **فالمتجه** : الصحة ؛ لانتفاء المحذور ، وكلام المصنف يقتضي البطلان ، قال الإسنوي : ولا وجه له ، ومثله : لو رهن الولي ثم انفك الحجر ، فوكل المرتهن الولي في القبض .

(**ولا عبده**) أي : عبد الراهن ؛ لأن يده كيد سيده ، (**وفي المأذون له وجه**) لانفراده باليد والتصرف ؛ كالمكاتب ، **والأصح** : المنع ؛ لمنافاته .

(**ويستنيب مكاتبَه**) لأنه معه كالأجنبي .

(**ولو رهن وديعةً عند مودَع ، أو مغصوباً عند غاصب . . لم يلزم ما لم يمض زمن إمكان قبضه**) لأنه لو لم يكن في يده . . لكان اللزوم متوقفاً علىٰ هـٰذا الزمان ، وعلى القبض ، لكن سقط القبض ؛ إقامةً لدوام اليد مقامَ ابتدائها ، فبقي اعتبار الزمان .

وأفهم أنه لا يشترط ذهابه إليه ، **وهو الأصح عند الشيخين** ، وفي « المهمات » تبعاً

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٩٤) .

وَٱلأَظْهَرُ : ٱشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ ، وَلاَ يُبْرِئُهُ ٱرْتِهَانُهُ عَنِ ٱلْغَصْبِ ، وَيُبْرِئُهُ ٱلإِيدَاعُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَحْصُلُ ٱلرُّجُوعُ عَنِ ٱلرَّهْنِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ ٱلْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَبِإِحْبَالِهَا ، لاَ ٱلْوَطْءِ وَٱلتَّزْوِيجِ . . . .

للسبكي : أن الأكثرين على الاشتراط[١] .

(**والأظهر : اشتراط إذنه في قبضه**) لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن ، ولم يقع تعرض للقبض عنه ، **والثاني** : لا يشترط ؛ لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذنَ في القبض .

(**ولا يبرئه ارتهانُه عن الغصب**) وإن لزم ؛ لأن الرهن لا ينافي الضمانَ ؛ بدليل ما لو رهنه شيئاً فتعدىٰ فيه . . فإنه لا يبطل الرهن ، وللمرتهن أن يردَّه علىٰ مالكه ، ثم يأخذه لغرض البراءة .

(**ويبرئه الإيداع في الأصحِّ**) لأن مقصود الإيداع الائتمانُ ؛ فتضمنت البراءة ، **والثاني** : لا يبرئه ؛ كالرهن .

(**ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يُزيل الملك ؛ كهبة مقبوضة**) لزوال محلِّ الرهن ، (**وبرهن مقبوض ، وكتابةٍ**) لتعلق حقِّ الغير .

وتقييده تبعاً للرافعي الرهنَ والهبةَ بالقبض يقتضي : أنهما قبل القبض ليسا رجوعاً ، **والمنصوص** : أنه يكون رجوعاً ، وقال في « البيان » وغيره : **إنه المشهور** ، وقد رجح الشيخان في (الوصية) أن الرهن بدون القبض رجوعٌ[٢] .

قال الأَذْرَعي : **فالصواب على المذهب** : حذف لفظة (القبض) في الهبة والرهن جميعاً ؛ لأنها زيادة موهمة .

(**وكذا تدبيره في الأظهر**) لمنافاة مقصود التدبير مقصودَ الرهن ، وإشعاره بالرجوع ، **والثاني** : لا ؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن .

(**وبإحبالها**) لمنافاته مقصود الرهن ، (**لا الوطء**) لأنه ليس سبباً لزوال الملك ، (**والتزويج**) إذ لا منافاة ؛ لأن رهن المزوّج ، والمزوَّجَة جائز ابتداءً .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٧٤) ، روضة الطالبين (٤/ ٦٦) ، المهمات (٥/ ٣٤١) .
(٢) البيان (٦/ ٢١) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٥٩) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٠٤) .

وَلَوْ مَاتَ ٱلْعَاقِدُ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ ٱلْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ ٱلْعَبْدُ . . لَمْ يَبْطُلِ ٱلرَّهْنُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ٱلْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ ٱلْمِلْكَ ـ لَـٰكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ ، أَظْهَرُهَا : يَنْفُذُ مِنَ ٱلْمُوسِرِ وَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ يَوْمَ عِتْقِهِ . . . .

(**ولو مات العاقد**) راهناً كان أو مرتهناً (**قبل القبض ، أو جُنَّ ، أو تخمر العصير ، أو أَبَقَ العبد . . لم يبطل الرهن في الأصحِّ**) أما في الموت . . فلأنه عقد مصيرُه إلى اللزوم ؛ فلا يتأثر بالموت قبل لزومه ؛ كالبيع في زمن الخيار ، فعلىٰ هـٰذا : يتخير وارث الراهن في الإقباض ، **ووجه مقابله** : أنه جائز ؛ كالوكالة ، والجنونُ مُرتَّب على الموت ، فإن قلنا : لا يبطل ثمَّ . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان .

وأما في التخمر والإباق . . فبالقياس علىٰ ما لو كان بعد القبض ؛ لاغتفار ما يقع في الدوام ، **ووجه مقابله** : اختلاله في حالة ضعف الرهن ، وعدم لزومه .

والمراد هنا بعدم البطلان بالتخمر ، كما نبه عليه الرافعي : هو أن الرهن لا يضمحل أثره بالكلية ، قال : وأما البطلان بمعنىٰ : ارتفاع الحكم في مدة التخمر ، وعوده بالتخلل . . فإنه ثابت له لو كان بعد القبض **على الأصح** ؛ فقبله بطريق الأولىٰ[1] .

(**وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك**) كالبيع ونحوه ؛ لأنه لو صحَّ . . لفاتت الوثيقة (**لكن في إعتاقه أقوال : أظهرها : ينفذ من الموسر**) دون المعسر ؛ لأنه عتق **يبطل** به حقُّ الغير ، ففرق فيه بين الموسر والمعسر ؛ كعتق الشريك ، **والثاني** : ينفذ مطلقاً ؛ كعتق العبد المستأجر ، والأمة **المزوجة** ، **والثالث** : لا ينفذ مطلقاً ؛ لأنه حجر علىٰ نفسه[2] .

واحترز بقوله : (في إعتاقه) عن الحكم بعتقه لا بإعتاق الراهن له ، بل بالسراية ؛ كما إذا رهن نصفَ عبده ثم أعتق باقيه . . فإنه يسري إن نفذنا إعتاقه ، وكذا إن لم ننفِّذه **في الأصحِّ** ، لكن بشرط اليسار **على الأصحِّ** .

(**ويغرم**) الموسر (**قيمتَه**) جبراً لحقِّ **المرتهن** ، وتعتبر (**يوم عتقه**) لأنه يوم

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٤٨٠) .

(٢) **فائدة** : هـٰذه المسألة التي بحث فيها الشافعي مع فتيان ؛ فضرب الشافعيَّ فكان سبب موته . اهـ هامش (أ) .

رَهْناً ، وَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَٱنْفَكَّ . . لَمْ يَنْفُذْ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ . . فَكَٱلإِعْتَاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ . . نَفَذَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ـ وَلاَ رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ ، وَلاَ ٱلتَّزْوِيجُ ، وَلاَ ٱلإِجَارَةُ إِنْ كَانَ ٱلدَّيْنُ حَالاً أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ، وَلاَ ٱلْوَطْءُ ، فَإِنْ وَطِىءَ . . فَٱلْوَلَدُ حُرٌّ . وَفِي نُفُوذِ ٱلِاسْتِيلاَدِ أَقْوَالُ ٱلإِعْتَاقِ ، . . . .

الإتلاف(١) ، وتصير (رهناً) بمجرد إعطائها ، وإن لم يحصل إنشاء عقد ؛ لقيامها مقام الرهن .

(وإن لم ننفذه) لكونه معسراً ، أو على القول بأنه لا ينفذ مطلقاً (**فانفك**) الرهن بأداء أو غيره (. . **لم ينفذ في الأصحِّ**) لأنه عتق ، وهو لا يملك إعتاقه ؛ فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بالسفه ، ثم زال الحجر ، **والثاني** : ينفذ ؛ لزوال المانع .

(**ولو علقه**) أي : علق الراهن العتق (**بصفة**) بعد رهنه ؛ كقدوم زيد (**فوجدت وهو رهن . . فكالإعتاق**) لأن التعليق مع الصفة كالتنجيز .

(**أو بعده . . نفذ على الصحيح**) لأنه لا يبطل حقّ المرتهن ، **والثاني** : لا ينفذ ؛ لأن التعليق صدر في حالة لا يملك فيها التنجيز فبطل .

والفرق على الأول : أن مجرد التعليق لا يضرُّ المرتهن ، بخلاف التنجيز .

(**ولا رهنُه لغيره**) لمزاحمته حقَّ الأول ؛ فيفوت مقصود الرهن ، (**ولا التزويج**) لتنقيصه القيمة .

(**ولا الإجارة إن كان الدين حالاًّ أو يحلُّ قبلها**) لأنها تنقص القيمة والرغبات عند الحاجة إلى البيع ؛ فإن حلَّ بعدها أو مع انقضائها . . صحت إذا كان المستأجر ثقة ؛ لانتفاء المحذور حالة البيع .

(**ولا الوطء**) لما فيه من التنقيص في البكر ، وخوف الإحبال في الثيب ، وحسماً للباب في ثيب لا تَحبَل ، (**فإن وطىء . . فالولد حرٌّ**) لأنها علقت به في ملكه .

(**وفي نفوذ الاستيلاد أقوالُ الإعتاق**) لما مرَّ ، والاستيلاد أولىٰ بالنفوذ ؛ لأنه فعل ، والفعل أقوىٰ من القول ؛ بدليل : نفوذ إحبال المجنون والسفيه دون إعتاقهما .

---

(١) عبارة (ج) و(د) : (أي : تعتبر قيمته يوم عتقه ؛ لأنه يوم الإتلاف) ، كذا في (أ) ولكن قد شطب فيها علىٰ ما قبل التعليل ، والمشطوب عليه في (أ) غيرُ موجود في (ب) .

فَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَانْفَكَّ . . نَفَذَ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ مَاتَتْ بِٱلْوِلاَدَةِ . . غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْناً فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَهُ كُلُّ ٱنْتِفَاعٍ لاَ يَنْقُصُهُ كَٱلرُّكُوبِ وَٱلسُّكْنَىٰ ، لاَ ٱلْبِنَاءُ وَٱلْغِرَاسُ ، فَإِنْ فَعَلَ . . لَمْ يُقْلَعْ قَبْلَ ٱلأَجَلِ ، وَبَعْدَهُ يُقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ ٱلأَرْضُ بِٱلدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ ، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَ ٱلاِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ ٱسْتِرْدَادٍ . . لَمْ يَسْتَرِدَّ ، وَإِلاَّ . . . .

(**فإن لم نُنفذه فانفك**) الرهن من غير بيع (. . **نفذ في الأصحِّ**) بخلاف العتق ؛ لما مرَّ من قوة الفعل .

(**فلو ماتت بالولادة**) ولم ينفذ الاستيلاد (. . **غرم قيمتَها رهناً في الأصحِّ**) لأنه تسبب إلىٰ إهلاكها بالإحبال ، **والثاني** : لا غُرْمَ ؛ لبعد إضافة الهلاك إلى الوطء ، ويجوز كونه من علل وعوارض .

وقوله : (رهناً) ؛ أي : ويصير رهناً من غير إنشاء .

(**وله**) أي : للراهن (**كلُّ انتفاع لا ينقصه ؛ كالركوب والسكنىٰ**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱلرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ » رواه الدارقطني والحاكم ، وقال : إنه علىٰ شرط الشيخين(١) .

والفصيح (ينقصه) بتخفيف القاف ؛ قال تعالىٰ : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا ﴾ .

(**لا البناء والغراس**) لنقصان قيمة الأرض بهما .

(**فإن فعل . . لم يُقلَع قبل الأجل**) رجاء أن يُقضَى الدين من موضع آخر ، أو تفي قيمة الأرض بالدين ؛ فلا يجوز الإضرار المُحقَّق بقلعه لضررٍ متوهمٍ .

(**وبعده**) أي : بعد حلول الأجل (**يُقلع إن لم تفِ الأرضُ بالدَّين وزادت به**) أي : بالقلع ؛ لتعلق حقِّ المرتهن بأرضٍ فارغةٍ .

(**ثم إن أمكن الانتفاع بغير استرداد**) بأن يرهن عبداً له صَنعةٌ يمكن أن يعملها عند المرتهن (. . **لم يستردَّ**) من المرتهن لأجل عملها عنده ؛ لأن اليد للمرتهن .

ويؤخذ منه : أن ما لا منفعة فيه تستوفىٰ ؛ كالحبوب . . لا يُستردُّ بطريق الأولىٰ .

(**وإلا**) أي : وإن لم يمكن الانتفاع بغير استرداد ؛ كأن رهن داراً أو عبداً لا يحسن

---

(١) سنن الدارقطني (٣/ ٣٤) ، المستدرك (٢/ ٥٨) ، وأخرجه البيهقي (٦/ ٣٨) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

. . فَيَسْتَرِدُّ ، وَيُشْهِدُ إِنِ ٱتَّهَمَهُ ، وَلَهُ بِإِذْنِ ٱلْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ . وَلَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ ٱلرَّاهِنِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلاً بِرُجُوعِهِ . . فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَهُ . وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ ٱلْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ ، وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ ٱلثَّمَنِ فِي ٱلأَظْهَرِ .

فَصْلٌ

[فيما يترتب علىٰ لزوم الرهن]

إِذَا لَزِمَ ٱلرَّهْنُ . . فَٱلْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَلاَ تَزَالُ إِلاَّ لِلاِنْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ . . . .

إلا الخدمة (. . فيسترد) للحاجة إلىٰ ذلك .

نعم ؛ لا يأخذ الجارية إلا إذا أمن غشيانه لها ؛ بأن كان مَحْرماً ، أو ثقةً وله أهل .

(ويُشهد) عليه الراهن شاهدين أنه أخذه للانتفاع (إن اتهمه) المرتهن ؛ فإن وثق به . . لم يكلف الإشهاد .

(وله بإذن المرتهن ما منعناه) من التصرفات والانتفاعات من غير بدل ؛ لأن المنع لحقه ، وقد زال بإذنه .

(وله الرجوع قبل تصرف الراهن) لأن حقَّه باق ؛ كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل .

(فإن تصرَّف جاهلاً برجوعه . . فكتصرُّف وكيلٍ جهل عزله) أي : عزل موكله له ، **والأصح** : عدم النفوذ ؛ كما سيأتي في بابه .

(ولو أذن في بيعه ليُعجّل المؤجل من ثمنه) أي : وشرط ذلك (. . لم يصحَّ البيع) لأنه قد شرط في الإذن شرطاً فاسداً ، وهو التعجيل فأبطله .

(وكذا لو شرط رهن الثمن) مكانه (في الأظهر) لأن الثمن مجهولٌ عند الإذن ؛ فأشبه ما إذا أذن بشرط أن يرهن به مالاً آخر مجهولاً ، وإذا بطل الشرط . . بطل الإذن ؛ فإنه وقف الإذن علىٰ حصول الوثيقة في البدل ، وإذا بطل الإذن . . بطل البيع ، **والقول الثاني** : أنه يصحُّ ، وعلى الراهن الوفاء بالشرط ؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعاً ؛ كما لو أُتلف المرهونُ . . فجاز أن ينتقل إليه شرطاً .

* * *

(**فصل** : إذا لزم الرهن . . فاليد فيه للمرتهن ، ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق) لأن

وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ . . جَازَ ، أَوْ عِنْدَ ٱثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى ٱجْتِمَاعِهِمَا عَلَىٰ حِفْظِهِ أَوِ ٱلِانْفِرَادِ بِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَا . . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا ٱلِانْفِرَادُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ مَاتَ ٱلْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ . . جَعَلَاهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ ، وَإِنْ تَشَاحَّا . . وَضَعَهُ ٱلْحَاكِمُ عِنْدَ . . . .

قَوامَ التوثق إنما يحصل بجعله في يده .

ويستثنىٰ منه : ما لو رهن عبداً مسلماً ، أو مصحفاً من كافر ، أو سلاحاً من حربي . . فإنه يوضع عند عدل ، وكذا لو كان الرهن جارية مشتهاة عند رجل غير مَحْرَم ، ولم يكن ثقة ، ولا عنده زوجة ولا أمة ، ولا نسوة ثقات . . فإنها توضع عند محرم لها ، أو امرأة ثقة ، أو عدل بالصفة المذكورة .

(**ولو شرطا وضعه عند عدل . . جاز**) لأن كلاًّ منهما قد لا يثق بصاحبه ، ويثقان بثالث .

وعبارة « المحرر » ، و« الشرحين » ، و« الروضة » في يد ثالث[1] ، وهي أولىٰ ؛ فإن الفاسق في ذلك كالعدل .

وكلام المصنف قد يُفهم : أنه لا يجوز شرط وضعه بعد اللزوم عند الراهن ، وكلام الغزالي كالصريح فيه ؛ فإنه قال : لأن يده لا تصلح للنيابة عن غيره ؛ إذ هو مستقل بالملك[2] .

ومقتضىٰ كلام « المطلب » : أنه يصحُّ ؛ فإنه حمل كلامَ الغزالي على ابتداء القبض ، وقال السبكي : **الذي يظهر** : أنه يصحُّ ؛ لأن عندنا يجوز أن يعيد الرهن إلى الراهن لينتفع به .

(**أو عند اثنين ، ونصَّا على اجتماعهما علىٰ حفظه ، أو الانفراد به . . فذاك**) أي : فيتبع الشرط .

(**وإن أطلقا . . فليس لأحدهما الانفراد في الأصحِّ**) لعدم الرضا بيد واحد ؛ كما لو أوصىٰ إلى اثنين ، **والثاني** : له الانفراد ؛ لما في اجتماعهما على الحفظ من المشقة .

(**ولو مات العدل أو فُسِّق . . جعلاه حيث يتفقان ، وإن تشاحَّا . . وضعه الحاكم عند**

---

(١) المحرر (١٦٨) ، الشرح الكبير (٤/٤٩٨) ، روضة الطالبين (٤/٨٦) .
(٢) الوسيط (٣/٥٠٥) .

عَدْلٍ . وَيَسْتَحِقُّ بَيْعَ ٱلْمَرْهُونِ عِنْدَ ٱلْحَاجَةِ ، وَيُقَدَّمُ ٱلْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ ، وَيَبِيعُهُ ٱلرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ ٱلْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ . . قَالَ لَهُ ٱلْحَاكِمُ : (تَأْذَنُ أَوْ تُبْرِىءُ) . وَلَوْ طَلَبَ ٱلْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى ٱلرَّاهِنُ . . أَلْزَمَهُ ٱلْقَاضِي قَضَاءَ ٱلدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصَرَّ . . بَاعَهُ ٱلْحَاكِمُ . وَلَوْ بَاعَهُ ٱلْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ ٱلرَّاهِنِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

عدل) لأنه العدل ، وكذا لو حدث بينه وبين أحدهما عداوة ، وكذا لو اتفقا علىٰ فاسق فزاد فسقه ، ولو كان في يد المرتهن فتغير حاله . . فكتغير حال العدل ، وهـٰذا إذا تشاحَّا بعد أن طرأ علىٰ نائبهما شيء مما سبق .

وكان **الأحسن أن يقول** : (فإن تشاحَّا) ليشير إلى التفريع ، أما لو تشاحَّا ابتداءً ؛ فإن كان قبل الإقباض . . فلا يجبر الراهن بحال ، وإن كان بعده وقد وضع في يد عدل ، أو في يد المرتهن . . فلا ينزع بغير رضاه بلا سبب يُجوِّز ذلك .

(**ويستحقُّ بيعَ المرهون عند الحاجة**) لوفاء الدين إن لم يوف من غير الرهن ، وكذا يستحق بيعه في جنايته ، وعند الإشراف على التلف قبل الحلول .

(**ويُقدَّم المرتهِن بثمنه**) لأنه فائدة الرهن ، بل قال الإمام : بأنه لا يجب عليه الوفاء من غير الرهن[1] ، واستشكله ابن عبد السلام في « مختصر النهاية » ؛ لما فيه من تأخير الحقِّ الواجب .

(**ويبيعه الراهن أو وكيله**) لأنه المالك (**بإذن المرتهن**) أو وكيله ؛ لأنه صاحب حقٍّ ، (**فإن لم يأذن**) وأراد الراهن بيعه (. . **قال له**) أي : للمرتهن (**الحاكم** : « **تأذن ، أو تبرىء** ») دفعاً لضرر الراهن .

(**ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن . . ألزمه القاضي قضاءَ الدين أو بيعه ، فإن أصرَّ . . باعه الحاكم**) دفعاً لضرر المرتهن .

(**ولو باعه المرتهن بإذن الراهن . . فالأصحُّ : أنه إن باع بحضرته . . صحَّ ، وإلا . . فلا**) لأن بيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال ، وترك النظر دون الحضور ، **والثاني** : يصحُّ مطلقاً ؛ كما لو أذن له في بيع غيره ، **والثالث** : لا يصحُّ مطلقاً ؛ لأنه

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٨٠) .

وَلَوْ شَرَطَا أَنْ يَبِيعَهُ ٱلْعَدْلُ . . جَازَ ، وَلاَ تُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ ٱلرَّاهِنِ فِي ٱلأَصَحِّ . فَإِذَا بَاعَ . . فَٱلثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ ٱلرَّاهِنِ حَتَّىٰ يَقْبِضَهُ ٱلْمُرْتَهِنُ . وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ ٱلْعَدْلِ ثُمَّ ٱسْتُحِقَّ ٱلْمَرْهُونُ ، فَإِنْ شَاءَ ٱلْمُشْتَرِي . . رَجَعَ عَلَى ٱلْعَدْلِ ، وَإِنْ شَاءَ . . عَلَى ٱلرَّاهِنِ ، وَٱلْقَرَارُ عَلَيْهِ . . . .

توكيل فيما يتعلق بحقه ؛ إذ المرتهن مستحق للبيع .

ومحلُّ الصحة : ما إذا قال : (بعه لي) ، وكذا إن أطلق **في الأصحِّ** ، فلو قال : (بعه لنفسك) . . لم يصحَّ **في الأظهر** ؛ إذ لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه .

(**ولو شرطا أن يبيعه العدل . . جاز**)[1] وصحَّ الشرط فلو عزله الراهن . . انعزل ، ولو عزله المرتهن . . لم ينعزل **في الأصح** ؛ لأنه وكيل الراهن .

(**ولا تشترط مراجعة الراهن في الأصحِّ**) لأن الأصل بقاءُ الإذن الأول ، **والثاني** : يشترط ؛ لأنه قد يكون له غرض في بقاء العين ، وقضاء الحقِّ من غيرها . **واحترز بـ(الراهن)** : عن المرتهن ، وقد نقل الرافعي عن العراقيين القطعَ باشتراط إذنه ، ونقل عن الإمام القطعَ بعدم اشتراطه ، ثم قال : فتأمل في بعد أحد الطريقين عن الأخرىٰ ، وجمع في « المهمات » بينهما بما فيه طول[2] .

(**فإذا باع . . فالثمن عنده من ضمان الراهن ؛ حتىٰ يقبضه المرتهن**) لأنه ملكه ، فهو كالرهن ، هـٰذا إذا باعه في موضعه ، فإن باعه ببلد آخر وقبض ثمنه . . ضمنه ؛ لتعديه بإخراجه .

(**ولو تلف ثمنه في يد العدل ، ثم استحق المرهون ، فإن شاء المشتري . . رجع على العدل**) لوضع يده عليه ، (**وإن شاء . . على الراهن**) لإلجائه المشتري شرعاً إلى التسليم للعدل بحكم توكيله ، (**والقرار عليه**) أي : على الراهن .

ومحل الرجوع على العدل : إذا لم يكن مأذوناً له من جهة الحاكم ؛ فإن كان لموت الراهن أو غيبته . . فلا يكون طريقاً في الضمان **على الأصح المنصوص** ؛ لأنه نائب الحاكم .

---

(١) في (ب) و(د) : (ولو شُرط أن يبيعه العدل . . جاز) .
(٢) الشرح الكبير (٤/ ٥٠١) ، المهمات (٥/ ٣٥٧) .

وَلاَ يَبِيعُ ٱلْعَدْلُ إِلاَّ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاًّ مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ ، فَإِنْ زَادَ رَاغِبٌ قَبْلَ ٱنْقِضَاءِ ٱلْخِيَارِ . . فَلْيَفْسَخْ وَلْيَبِعْهُ . وَمُؤْنَةُ ٱلْمَرْهُونِ عَلَى ٱلرَّاهِنِ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ ٱلْمُرْتَهِنِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلاَ يُمْنَعُ ٱلرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ ٱلْمَرْهُونِ ؛ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ . . . .

(**ولا يبيع العدل إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده**) كالوكيل ، قال الإسنوي : **والمتجه** : إلحاق الراهن والمرتهن في ذلك بالعدل .

فلو عبر المصنف بقوله : (ولا يباع) . . لكان أعم .

(**فإن زاد راغب قبلَ انقضاء الخيار . . فليفسخ وليبعْه**) ولا ينفسخ بمجرد الزيادة ، فإن لم يفعل . . انفسخ في الأصل ؛ لأن المجلس كحال العقد ، ولو لم يفسخ بل باع من الراغب . . صحَّ **على الأصحِّ** .

وشمل قوله : (قبل انقضاء الخيار) خيار المجلس ، والشرط .

واحترز به : عما لو زاد بعد الخيار . . فإن البيع لازم ، ولا أثر للزيادة .

(**ومؤنة المرهون على الراهن**) المالك بالإجماع إلا ما روي عن الحسن البصري أنها على المرتهن ، كذا قال ابن الملقن ؛ أنه الحسن البصري[1] ، وجرىٰ عليه الأَذْرَعي ، لكن نقله السبكي عن الحسن بن صالح ، فليحرر .

(**ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح**) حفظاً للوثيقة ، **والثاني** : لا يجبر عند الامتناع بل يبيع القاضي جزءاً من المرهون بحسب الحاجة إلا أن تستغرق المؤنة الرهن قبل الأجل فيباع ، ويجعل ثمنه رهناً ، حكاه الرافعي في « الشرح الكبير » عن الإمام ، وأقره[2] ، وجزم به في « الصغير » ، قال في « أصل الروضة » : **وهٰذا ضعيف** ، وكذا أصلُه المفرع عليه[3] .

(**ولا يُمنع الراهن من مصلحة المرهون ؛ كفصد وحجامة**) عند الحاجة إليهما ؛ حفظاً لماله ، لكن لا يجبر عليها ، بخلاف النفقة ، كذا قالوه .

واستدرك صاحب « المطلب » فقال في (كتاب النفقات) : هٰذا محمول علىٰ أنها

---

(١) عجالة المحتاج (٢/٧٦٦) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٥٠٦) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٩٣) .

وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ ، وَلاَ يَسْقُطُ بِتَلَفِهِ شَيْءٌ مِنْ دَيْنِهِ . وَحُكْمُ فَاسِدِ ٱلْعُقُودِ حُكْمُ صَحِيحِهَا فِي ٱلضَّمَانِ . وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ ٱلْمَرْهُونِ مَبِيعاً لَهُ عِنْدَ ٱلْحُلُولِ . . فَسَدَا . وَهُوَ قَبْلَ ٱلْمَحِلِّ أَمَانَةٌ ، وَيُصَدَّقُ ٱلْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى ٱلتَّلَفِ بِيَمِينِهِ ، وَلاَ يُصَدَّقُ فِي ٱلرَّدِّ عِنْدَ ٱلأَكْثَرِينَ . . . .

لا تجب من خالص ماله ، بل في غير المرهون ببيع جزء منه لأجلها .

(**وهو أمانة في يد المرتهن**) لحديث : « ٱلرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ـ أي : من ضمان راهنه ـ لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » رواه الشافعي ، والمحفوظ إرساله[1] .

(**ولا يسقط بتلفه شيء من دينه**) لأنه وثيقة بدين ليس بعوض فيه ، فلا يسقط الدين بتلفه ؛ كالضامن يموت .

وقولنا : (ليس بعوض فيه) احتراز من تلف المبيع في يد البائع .

(**وحكم فاسد العقود حكمُ صحيحها في الضمان**) فما اقتضىٰ صحيحه الضمان بعد التسليم ؛ كالبيع وسائر العقود . . اقتضاه فاسده أيضاً ؛ لأنه أولىٰ بذلك ، وما لا ؛ كالرهن ونحوه . . فلا ؛ لأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً .

واستثني من طرد هـٰذه القاعدة وعكسها مسائلُ ذكرتها في « إرشاد المحتاج » ، وهو شرح أبسط من هـٰذا .

(**ولو شرط كونَ المرهون مبيعاً له عند الحلول . . فسدا**) أي : الرهن والبيع : الرهن لتأقيته ؛ لأنهما شرطا ارتفاعه بالحلول ، والبيع لتعليقه .

(**وهو**) أي : المرهون في هـٰذه الصورة (**قبل المحِلِّ أمانة**) لأنه رهن فاسد ، وبعده مضمون ؛ لأنه أخذ ببيع فاسد ، وهو عقد ضمان .

(**ويصدَّق المرتهن في دعوى التلف بيمينه**) لأنه أمين ؛ كما مرَّ ، **والمراد** : تصديقه بالتفصيل الآتي في (الوديعة) .

والمقصود من هـٰذه المسألة : هو عدم الضمان ، ولم يصرح به المصنف ، وإلا . . فالغاصب ونحوه مصدق أيضاً في التلف .

(**ولا يصدَّق في الردِّ عند الأكثرين**) لأنه قبضه لغرض نفسه ؛ فأشبه المستعير ،

---

(١) الأم (٤/ ٣٨٣) عن سعيد بن المسيب رحمه الله تعالىٰ .

وَلَوْ وَطِىءَ ٱلْمُرْتَهِنُ ٱلْمَرْهُونَةَ بِلاَ شُبْهَةٍ . . فَزَانٍ ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ : جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلاَّ أَنْ يَقْرُبَ إِسْلاَمُهُ ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ ٱلْعُلَمَاءِ . وَإِنْ وَطِىءَ بِإِذْنِ ٱلرَّاهِنِ . . قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ ٱلتَّحْرِيمِ فِي ٱلأَصَحِّ وَلاَ حَدَّ ، وَيَجِبُ ٱلْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا ، وَٱلْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ . وَلَوْ أُتْلِفَ ٱلْمَرْهُونُ وَقَبَضَ بَدَلَهُ . . صَارَ رَهْناً ، . . . .

وقيل : يصدق ؛ لأنه أمين ؛ كالمودع .

(**ولو وطىء المرتهن المرهونةَ بلا شبهة . . فزانٍ**) تترتب عليه أحكام الزنا كلُّها ، ولا يكون الرهن شبهة ، كما لو استأجرها وعليه مهر المكرهة لا المطاوعة **في الأصح** .

واحترز بقوله : (**بلا شبهة**) عما لو ظنها زوجتَه أو أمته .

(**ولا يقبل قولُه** : « **جهلت تحريمه** » **إلا أن يقرب إسلامه** ، **أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء**) لأنه قد يخفىٰ عليه ، بخلاف غيرهما .

(**وإن وطىء بإذن الراهن . . قُبل دعواه جهلَ التحريم في الأصحِّ**) لأن التحريم بعد الإذن ؛ لمَّا خفي علىٰ عطاء مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العوام ، **والثاني** : لا يقبل ؛ لبعد ما يدعيه إلا أن يقرب إسلامه ، كما مرَّ .

(**ولا حدَّ**) للشبهة (**ويجب المهر إن أكرهها**) لأن وجوب المهر حيث لا يجب الحدُّ حقُّ الشرع ؛ فلا يؤثر فيه الإذن ؛ كالمفوضة ، **وقيل** : لا يجب ؛ لإذن المستحق ، وحكاه في « المحرر »[1] ، وحذفه المصنف .

واحترز بالمكرهة : عن المطاوعة ؛ فإنه لا مهر لها ؛ لانضمام إذن المستحق إلىٰ طواعيتها ، إلا أن تكون صغيرة ؛ فإنه لا عبرة بمطاوعتها ؛ كما قاله الجرجاني وغيره .

(**والولد حرٌّ نسيب**) لأن الشبهة كما تدرأ الحدَّ تُثبتُ النسب والحرية (**وعليه قيمته للراهن**) لأن الإذن في الوطء رضا بإتلاف المنفعة لا بالإحبال .

(**ولو أتلف المرهونُ وقبض بدلَه . . صار رهناً**) لقيامه مقامه ، ويجعل في يد من كان الأصلُ في يده ، ولا يحتاج إلىٰ إنشاء رهن ، كما اقتضاه كلام الشيخين هنا ،

---

(١) المحرر (ص١٦٩) .

وَٱلْخَصْمُ فِي ٱلْبَدَلِ ٱلرَّاهِنُ ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ . . لَمْ يُخَاصِمِ ٱلْمُرْتَهِنُ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ . . ٱقْتَصَّ ٱلرَّاهِنُ وَفَاتَ ٱلرَّهْنُ ، فَإِنْ وَجَبَ ٱلْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَطَإٍ . . لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ وَلاَ إِبْرَاءُ ٱلْمُرْتَهِنِ ٱلْجَانِيَ . وَلاَ يَسْرِي ٱلرَّهْنُ إِلَىٰ زِيَادَتِهِ ٱلْمُنْفَصِلَةِ ؛ كَثَمَرٍ وَوَلَدٍ ، . . . .

وقضية كلامه : أنه لا يكون رهناً قبل قبضه ، **والأصح في « زوائد الروضة »** : خلافُه[1] .

(**والخصم في البدل الراهنُ**) لأنه المالك (**فإن لم يخاصِم . . لم يخاصِم المرتهنُ في الأصحِّ**) لأنه غير مالك ، **والثاني** : يخاصم ؛ لتعلق حقِّه بما في ذمته ، ونسبه الإمام إلى المحققين[2] .

ومحل الخلاف : إذا تمكن الراهن من المخاصمة ، أما لو باع المالك العينَ المرهونة . . فللمرتهن المخاصمة جزماً ، كذا أفتىٰ به البُلْقِيني ، وهو ظاهر .

(**فلو وجب قصاص**) في النفس (. . **اقتصَّ الراهن**) المالك ؛ لعموم الأدلة ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ (**وفات الرهن**) لفوات العين وبدلها ، أما إذا كانت الجناية علىٰ طرف واقتصّ . . بقي الرهن بحاله .

(**فإن وجب المال بعفوه ، أو بجناية خطأ . . لم يصحَّ عفوه**) أي : عفو الراهن (**عنه**) لتعلق حقِّ المرتهن به .

وكان الأحسن حذف قوله : (بعفوه ، أو بجناية خطأ) ليشمل ما لو وجب المالُ ابتداءً بجناية عمد لا قصاص فيها ؛ كالهاشمة ، أو لكون الجاني حرّاً ، أو أصلاً ، أو غير ذلك مما يمنع القصاص . . فإن الحكم كذلك أيضاً .

(**ولا إبراء المرتهن الجانيَ**) لأنه غيرُ مالك ، فإن فعل . . لم يبطل حقُّه من الوثيقة **في الأصح** .

(**ولا يسري الرهن إلىٰ زيادته المنفصلة ؛ كثمر وولد**) وصوف ولبن ؛ لأنه لا يزيل

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٠٠) ، وهـٰذا مما يلغز به ، فيقال : لنا صورة يكون الدين فيها مرهوناً . اهـ هامش (أ) .

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٢١٥) .

فَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ ٱلْأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ . . بِيعَتْ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ . . بِيعَ مَعَهَا فِي ٱلْأَظْهَرِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ ٱلْبَيْعِ دُونَ ٱلرَّهْنِ . . فَٱلْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي ٱلْأَظْهَرِ .

فَصْلٌ

[في جناية المرهون]

جَنَى ٱلْمَرْهُونُ . . قُدِّمَ ٱلْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، . . . .

الملك عن الرقبة فلم يسر إليها ؛ كالإجارة ، أما المتصلة ؛ كالسمن والتعليم . . فإنها تتبع الأصل .

(**فلو رهن حاملاً وحلَّ الأجلُ وهي حامل . . بيعتْ**) لأنا إن قلنا : إن الحمل يُعلم . . فكأنه رهنهما ، وإلا . . فقد رهنها موصوفةً بالحمل .

(**وإن ولدته . . بيع معها في الأظهر**) بناءً على أن الحمل يُعلم ، **والثاني** : لا ؛ بناءً على أنه لا يُعلم .

(**وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن . . فالولد ليس برهن في الأظهر**) بناءً على أنه يُعلم ، **والثاني** : نعم ؛ بناءً على مقابله فيتبع ؛ كالسمن .

وقضية كلامه : أن الولد على هـٰذا يكون مرهوناً ، وليس كذلك ؛ لأنه مُفرَّعٌ على أن الحمل لا يُعلم ، فكيف يرهن ؟! **وإنما المراد** : أنه يُباع معها تبعاً .

وعلى الأول : قال الرافعي : يتعذر بيعها حتى تضع ؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن ، ولا سبيل إلى بيعها بحملها ، ويوزع الثمن ؛ لأن الحمل لا تُعرف قيمتُه(١) .

* * *

(**فصل : جنى المرهون . . قُدِّم المجني عليه**) لأنه لا حقَّ له في غير الرقبة ، فلو قدِّم المرتهن عليه بها . . لضاع حقُّه ، وأما المرتهن . . فإن حقَّه في الذمة أيضاً ، فلا يفوت بفوات العين .

هـٰذا إذا لم يأمره السيد بالجناية ، فإن أمره بها وكان لا يميز ، أو أعجمياً يعتقد وجوبَ طاعته . . فالجاني هو السيد حتى يجب عليه القصاص أو المال ، ولا يتعلق

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٥١٥) .

فَإِنِ ٱقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنُ ، وَإِنْ جَنَىٰ عَلَىٰ سَيِّدِهِ فَٱقْتَصَّ . . بَطَلَ ، وَإِنْ عُفِيَ عَلَىٰ مَالٍ . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ فَيَبْقَىٰ رَهْناً . وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُوناً لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَٱقْتَصَّ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنَانِ . وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ . . تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ ٱلْقَتِيلِ فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ ، وَقِيلَ : يَصِيرُ رَهْناً ، . . . .

برقبة العبد شيء **على الأصح** .

(**فإن اقتص**) في النفس (**أو بيع له**) أي : لحقه (. . **بطل الرهن**) لفوات محلِّه ، حتىٰ لو عاد إلىٰ ملك الراهن . . لم يكن رهناً .

(**وإن جنىٰ علىٰ** سيده **فاقتصَّ** . . **بطل**) في المقتص منه نفساً كان أو طرفاً ؛ كما صرح به في « المحرر »[1] .

والتاء في (اقتص) مفتوحة ، والضمير يعود إلى المستحق ، فشمل السيد والوارث والسلطان فيمن لا وارث له .

(**وإن عُفي علىٰ مال** . . **لم يثبت على الصحيح** ، **فيبقىٰ** رهناً) لازماً لا يباع في الجناية ؛ لأن السيد لا يثبت له علىٰ عبده مالٌ ، **والثاني** : يثبت ، ويتوصل به إلىٰ فكِّ الرهن .

وقوله : (عفي) هو بضم العين ، كما نقل عن خطِّ المصنف ؛ ليشمل عفو السيد والوارث .

(**وإن قتل** المرهون (**مرهوناً لسيده عند**) مرتهن (**آخر فاقتصَّ**) السيد (. . **بطل الرهنان**) لفوات محلِّهما .

(**وإن وجب مال**) بعفوه ، أو بجناية خطأ ، أو غير ذلك (. . **تعلق به حقُّ مرتهن القتيل**) لأن السيد لو أتلف المرهون . . غرم قيمتَه لحق المرتهن ، فإذا أتلفه عبده . . كان تعلق الغرم به أولىٰ ، وإنما وجب المال وإن كان للسيد علىٰ عبده ؛ لأجل تعلق حقِّ الغير .

(**فيباع وثمنه رهن**) لأن حقَّ مرتهن القتيل في مالية العبد القاتل لا في عينه ، ولأنه قد يرغب راغب بزيادة فيتوثق مرتهن القاتل بها ، (**وقيل** : **يصير رهناً**) أي : ينقل

---

(١) المحرر (ص١٧٠) .

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ . . نَقَصَتِ ٱلْوَثِيقَةُ ، أَوْ بِدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ ٱلْوَثِيقَةِ غَرَضٌ . . نُقِلَتْ . وَلَوْ تَلِفَ ٱلْمَرْهُونُ بِآفَةٍ . . بَطَلَ . وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ ٱلْمُرْتَهِنِ وَبِٱلْبَرَاءَةِ مِنَ ٱلدَّيْنِ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنْهُ . . لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ ٱلرَّهْنِ . . . .

العبد القاتل إلىٰ يد مرتهن القتيل ، ولا يباع ؛ لأنه لا فائدة في البيع ، قال الرافعي : (والوجهان إنما يظهران إذا طلب الراهن النقل ، وطلب مرتهن القتيل البيع ، أما إذا طلب الراهن البيعَ ، ومرتهن القتيل النقلَ . . فالمجاب الراهن ؛ لأنه لا حقَّ للآخر في عينه)[1] .

(**فإن كانا مرهونين عند شخص**) أو عند اثنين (**بدين واحد . . نقصت الوثيقة**) كما لو مات أحدهما ، (**أو بدينين وفي نقل الوثيقة غرض**) للمرتهن (. . **نُقلت**) وإلا . . فلا ، فإذا كان الدينان مختلفين حلولاً وتأجيلاً . . فله التوثقُ لدين القتيل بالقاتل ؛ لأنه إن كان الحالُّ دينَ القتيل . . ففائدته : الاستيفاء من ثمنه في الحال ، وإن كان دين القاتل . . ففائدته : تحصيل التوثقة بالمؤجل ، والمطالبة بالحالِّ في الحال ، وكذا لو اختلفا في قدر الأجل .

وإن لم يختلفا في ذلك ، واختلفا في القدر ؛ كعشرة وعشرين ، والقتيل مرهون بأكثرهما . . نقل ، وإلا . . فلا ، ولو اتفقا في القدر . . نقل من القاتل قدر قيمة القتيل إلىٰ دين القتيل ، وبقي الباقي رهناً كما كان إن كانت قيمة القاتل أكثر ، وإلا . . فلا ؛ إذ لا فائدة .

(**ولو تلف المرهون بآفة . . بطل**) الرهن ؛ لفواته (**وينفك بفسخ المرتهن**) لأن الحقَّ له ، وهو جائز من جهته ، أما بفسخ الراهن . . فلا ؛ للزُومه من جهته (**وبالبراءة من الدين**) بأيِّ وجهٍ كان .

(**فإن بقي شيء منه . . لم ينفكَّ شيء من الرهن**) بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر[2] .

---

(١) الشرح الكبير (٤/ ٥٢٠) .

(٢) الإجماع (ص١٣٩) .

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِىءَ مِنْ أَحَدِهِمَا . . ٱنْفَكَّ قِسْطُهُ ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِىءَ أَحَدُهُمَا . . ٱنْفَكَّ نَصِيبُهُ .

فَصْلٌ

[في الاختلاف في الرهن وما يتعلق به]

ٱخْتَلَفَا فِي ٱلرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ . . صُدِّقَ ٱلرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ ، وَإِنْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ . . تَحَالَفَا . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِئَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُ ٱلْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ ، وَٱلْقَوْلُ فِي نَصِيبِ ٱلثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ ٱلْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ . وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ٱلرَّاهِنِ ، أَوْ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ وَقَالَ ٱلرَّاهِنُ : . . . .

(ولو رهن نصفَ عبدٍ بدين ، ونصفَه بآخر فبرىء من أحدهما . . انفكَّ قسطه) لتعدد الصفقة بتعدد العقد ، (ولو رهناه فبرىء أحدُهما . . انفك نصيبه) لتعددها بتعدد العاقد[1] .

* * *

(فصل : اختلفا في) أصل (الرهن أو قدره . . صُدِّق الراهن بيمينه إن كان رهنَ تبرع) ليس مشروطاً في بيع ؛ لأن الأصل عدمُ الرهن .

ولو عبر بـ(المالك) بدل (الراهن) . . لكان أولىٰ ؛ لأن منكر الرهن ليس براهن .

(وإن شرط في بيع) أي : اختلفا في اشتراط الرهن في البيع أو في قدره (. . تحالفا) كما لو اختلفا في سائر كيفيات البيع .

(وإن ادعىٰ أنهما رهناه عبدهما بمئة)[2] وأقبضاه (وصَدَّقه أحدُهما . . فنصيب المصدِّق رهن بخمسين ، والقول في نصيب الثاني قولُه بيمينه) لما مرَّ .

(وتُقبل شهادة المصدق عليه) أي : على النافي ؛ لخلوها عن جلبِ نفعٍ له ، ودفع ضرر عنه ، وحينئذ فيحلف معه ، أو يقيم شاهداً آخر .

(ولو اختلفا في قبضه ؛ فإن كان في يد الراهن ، أو في يد المرتهن وقال الراهن :

---

(١) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (ب) : (ولو ادعىٰ أنهما رهناه) .

(غَصَبْتَهُ) . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَىٰ) فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ : (لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ) . . فَلَهُ تَحْلِيفُهُ ، وَقِيلَ : لاَ يُحَلِّفُهُ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ لإِقْرَارِهِ تَأْوِيلاً ؛ كَقَوْلِهِ : (أَشْهَدْتُ عَلَىٰ رَسْمِ ٱلْقَبَالَةِ) . وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : (جَنَى ٱلْمَرْهُونُ) ، وَأَنْكَرَ ٱلآخَرُ . . صُدِّقَ ٱلْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ . وَلَوْ قَالَ ٱلرَّاهِنُ : (جَنَىٰ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ) . . فَٱلأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ ٱلْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ ، . . . .

« غَصَبته » . . صدق بيمينه) لأن الأصل : عدمُ اللزوم ، وعدم الإذن في القبض .

(وكذا لو قال : « أقبضته عن جهة أخرىٰ ») كإعارة ونحوها (في الأصح) لأن الأصل عدمُ اللزوم ، والثاني : يصدق المرتهن ؛ لاتفاقهما علىٰ قبض مأذون فيه ، والراهن يريد صرفَه إلىٰ جهة أخرىٰ ، وهو خلاف الظاهر ؛ لتقدم العقد المحوج إلى القبض .

(ولو أقر بقبضه ، ثمَّ قال : « لم يكن إقراري عن حقيقة » . . فله تحليفه) لأن الوثائق يشهد فيها غالباً قبل تحقيق ما فيها ، (وقيل : لا يحلِّفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً ؛ كقوله : « أشهدت علىٰ رسم القَبالة ») أي : على الكتابة الواقعة في الوثيقة ، لكي أعطي بعد ذلك ، وكقوله : (اعتمدت كتاب وكيلي فبان مزوراً) لأنه إذا لم يذكر تأويلاً . . يكون مكذباً لدعواه بإقراره السابق .

وقضية كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون الإقرار في مجلس الحكم بعد الدعوىٰ أم لا ، قال الأَذْرَعي : وهو قضية إطلاق النصِّ والعراقيين ، لكن في « الشرح » ، و« الروضة » عن القفال ـ من غير اعتراض ـ : أنه ليس له تحليفه حينئذ وإن ذكر تأويلاً ؛ لأنه لا يكاد يقرُّ عند القاضي إلا عن تحقيق[1] .

(ولو قال أحدهما : « جنى المرهون ») بعد القبض (وأنكر الآخر . . صدق المنكِر بيمينه) إذ الأصل عدمُها .

(ولو قال الراهن : « جنىٰ قبل القبض » . . فالأظهر : تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره) لأن الراهن قد يواطىء مدعي الجناية ؛ لغرض إبطال الرهن .

---

(١) الشرح الكبير (٥٣٤) ، روضة الطالبين (٤/١١٨) .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ . . غَرِمَ ٱلرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ ٱلْأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ ٱلْعَبْدِ وَأَرْشِ ٱلْجِنَايَةِ ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ ٱلْمُرْتَهِنُ . . رُدَّتِ ٱلْيَمِينُ عَلَى ٱلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، لَا عَلَى ٱلرَّاهِنِ . فَإِذَا حَلَفَ . . بِيعَ فِي ٱلْجِنَايَةِ . وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ ٱلْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ ٱلْإِذْنِ وَقَالَ : (رَجَعْتُ قَبْلَ ٱلْبَيْعِ) ، وَقَالَ ٱلرَّاهِنُ : (بَعْدَهُ) . . فَٱلْأَصَحُّ : تَصْدِيقُ ٱلْمُرْتَهِنِ . . . .

والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أقرَّ في ملكه بما يضرُّه .

ومحل الخلاف : إذا عيَّن الراهن المجني عليه ، وصدقه ، وادعاه ، فإن لم يعينه ، أو عينَّه ولم يصدقه ، أو لم يدعه . . فالرهن باقٍ بحاله .

(**والأصح : أنه إذا حلف . . غرم الراهن للمجني عليه**) كما لو قتله ؛ لأنه حالَ بينه وبين حقِّه ، **والثاني** : لا يغرم ؛ لأنه أقرَّ في رقبة العبد بما لا يقبل إقراره به ؛ فكأنه لم يُقرّ .

(**وأنه يغرم الأقلَّ من قيمة العبد وأرشِ الجناية**) كما في جناية أم الولد ؛ لامتناع البيع ، **وقيل** : على القولين في فداء العبد الجاني :

أظهرهما : بالأقلِّ من قيمته ، وأرش الجناية .

وثانيهما : بأرش الجناية بالغاً ما بلغ .

(**وأنه لو نكل المرتهن . . رُدَّت اليمين على المجنيِّ عليه لا على الراهن**) لأن الحقَّ له ، والراهن لا يدعي لنفسه شيئاً .

والثاني : على الراهن ؛ لأنه مالك العبد ، والخصومة بينه وبين المرتهن ، (**فإذا حلف . . بيع في الجناية**) لثبوتها باليمين المردودة .

(**ولو أذن**) المرتهن (**في بيع المرهون فبيع ، ورجع عن الإذن وقال : « رجعت قبل البيع »** ، **وقال الراهن : « بعده » . . فالأصحُّ : تصديق المرتهن**) لأن الأصل عدمُ رجوعه في الوقت الذي يدعيه .

والأصل : عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه ، فيتعارضان ، ويبقىٰ أن الأصل : استمرار الرهن .

والثاني : يصدق الراهن ؛ لتَقَوِّي جانبه بالإذن .

وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّىٰ أَلْفاً وَقَالَ : (أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ ٱلرَّهْنِ) صُدِّقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً . . جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ ، وَقِيلَ : يُقَسَّطُ .

فَصْلٌ

[في تعلق الدين بالتركة]

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . . تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِٱلْمَرْهُونِ ، وَفِي قَوْلٍ : كَتَعَلُّقِ ٱلْأَرْشِ بِٱلْجَانِي . فَعَلَى ٱلأَظْهَرِ : يَسْتَوِي ٱلدَّيْنُ ٱلْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

ومحل الخلاف : إذا صدق الراهن على الرجوع ؛ فإن أنكر أصلَ الرجوع . . فالقول قولُه بيمينه ؛ لأن الأصل عدمُه .

(**ومن عليه ألفان بأحدهما رهنٌ فأدىٰ ألفاً وقال : « أديته عن ألف الرهن »** . . صدق) بيمينه ؛ لأنه أعرف بقصده وكيفية أدائه .

(**وإن لم ينو شيئاً . . جعله عمّا شاء**) لأن التعيين إليه ولم يوجد .

(**وقيل : يُقسَّط**) لعدم أولويّة أحدِهما على الآخر .

وهل التقسيط علىٰ قدر الدينين أو عليهما بالسوية ؟

تردد فيه الصَّيْدَلاني ، وجزم الإمام بالأول ، وصاحب « البيان » و« الانتصار » بالثاني[1] .

* * *

(**فصل : من مات وعليه دين . . تعلَّق بتركته**) مراعاةً للميت (**تعلُّقه بالمرهون**) لأنه أحوط للميت ؛ إذ يمتنع علىٰ هـٰذا التقدير تصرفُ الوارث فيه جزماً ، بخلاف إلحاقه بالجناية ؛ فإنه يأتي فيه الخلاف المذكور في البيع .

(**وفي قول : كتعلق الأرش بالجاني**) لأن كلَّ واحد منهما ثبت شرعاً بغير رضا المالك ، **وقيل** : كحجر المفلس ، واختاره في « المطلب » .

(**فعلى الأظهر : يستوي الدَّين المستغرق وغيره في الأصحِّ**) نظراً للميت ، وتوفيةً بقاعدة الرهن .

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٧) ، البيان (٦/ ١٢٩) .

وَلَوْ تَصَرَّفَ ٱلْوَارِثُ وَلاَ دَيْنَ ظَاهِرٌ ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ ، لَـٰكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ ٱلدَّيْنُ . . فُسِخَ . وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ ٱلتَّرِكَةِ وَقَضَاءَ ٱلدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ . وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ تَعَلُّقَ ٱلدَّيْنِ بِٱلتَّرِكَةِ لاَ يَمْنَعُ ٱلإِرْثَ ، . . . .

والثاني : إن كان الدين أقلَّ . . تعلق بقدره من التركة ، فينفذ تصرف الوارث إلىٰ ألاَّ يبقىٰ إلا قدر الدين ؛ لأن الحجر في مالٍ كثير بشيء حقير بعيدٌ .

(**ولو تصرف الوارث ولا دين ظاهرٌ ، فظهر دين بردِّ مبيع بعيب . . فالأصحُّ : أنه لا يتبيَّن فسادُ تصرفه**) لأنه تصرَّفَ تصرفاً سائغاً له في الظاهر .

والثاني : يتبين فساده ؛ إلحاقاً لما تجدد من الدين بالمقارن ؛ لتقدم سببه .

وكان الأولىٰ أن يقول : (ثم طرأ دين) لأن ما يجب بالردِّ لم يكن خفيّاً ثم ظهر ، بل لم يكن ثم كان ، لكن سببه متقدمٌ .

(**لكن إن لم يقض الدين . . فُسخ**) ليصل المستحقُّ إلىٰ حقِّه .

وقوله : (**يُقض**) هو بضم الياء ؛ ليعُمَّ قضاء الوارث والأجنبي ، قاله في « الدقائق »[1] .

ولو عبر بالسقوط . . لعمَّ الإبراءَ أيضاً .

(**ولا خلاف أن للوارث إمساكَ عين التركة وقضاءَ الدين من ماله**) لأنه خليفة المورث ، والمورث كان له ذلك .

نعم ؛ لو أوصىٰ ببيع عين في وفاء دينه . . عمل بها .

(**والصحيح : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث**) لأنه لو كان باقياً علىٰ ملك الميت . . لوجب أن يرثه من أسلم أو أعتق من أقاربه قبل قضاء الدين ، وألا يرثه من مات قبل القضاء من الورثة .

والثاني : يمنع ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ أي : من بعد إعطاء وصية وإيفاء دين إن كان .

---

(١) دقائق المنهاج (ص٦١) .

وأجيب عن الآية : بأن المعنى المقادير لا المقدر .

(فلا يتعلق بزوائد التركة ؛ كالكسب والنِّتاج) لأن زوائد المرهون لا تكون مرهونة ؛ أما إذا قلنا : إن الدين يمنع انتقالَها . . تعلق بزوائدها ؛ لبقائها علىٰ ملك الميت ، وصححاه في (النكاح) في الكلام علىٰ إجبار العبد[1] .

* * *

(١) الشرح الكبير (٨/ ٢٤) ، روضة الطالبين (٤/ ١٠٤) .

كتاب التفليس

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَىٰ مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِسُؤَالِ ٱلْغُرَمَاءِ . وَلاَ حَجْرَ بِٱلْمُؤَجَّلِ . وَإِذَا حُجِرَ بِحَالٍّ . . لَمْ يَحِلَّ ٱلْمُؤَجَّلُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ كَانَتِ ٱلدُّيُونُ بِقَدْرِ ٱلْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ كَسُوباً يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ . . فَلاَ حَجْرَ ، . . . .

(كتاب التفليس)

هو في الشرع : حجر الحاكم على المديون بالشروط الآتية ، **والمفلس** : هو المحجور عليه ، **وفي اللغة** : من صار ماله فلوساً ، ثم كني به عن قلة المال أو عدمه .

والأصل فيه : حجره صلى الله عليه وسلم علىٰ معاذ ، رواه الدارقطني ، وصححه الحاكم(١) .

(**من عليه ديون حالَّة زائدة علىٰ ماله يُحجر عليه**) حتماً (**بسؤال الغرماء**) أو من يقوم مقامهم ؛ كأولياء المحجور عليهم ؛ لأن في الحجر مصلحةً للغرماء ؛ فإنه قد يخص بعضهم بالوفاء .

وهٰذه القيود التي ذكرها سيأتي الكلام عليها ، ولا يخفىٰ أن لفظ الديون لا مفهوم له ، والدين الواحد كاف .

(**ولا حجر بالمؤجل**) لأنه لا مطالبة به في الحال .

(**وإذا حجر بحالٍّ . . لم يحلَّ المؤجل في الأظهر**) لأن ذمته باقية ، بخلاف الموت ، **والثاني** : يحلُّ ؛ كالموت ، وإذا قلنا بالثاني ؛ فلو فك الحجر عنه ، وقد بقي بعض الأجل . . عاد الحق مؤجلاً ، قاله القفال في « فتاويه » .

(**ولو كانت الديون بقدر المال ؛ فإن كان كسوباً ينفق من كسبه . . فلا حجر**) لعدم الحاجة إليه ، بل يأمره الحاكم بقضاء الدين ، فإن امتنع . . باع ماله ، أو أكرهه عليه .

نعم ؛ لو التمس الغرماء الحجر عليه . . حجر في الأصحِّ وإن زاد علىٰ دينه ؛ كيلا يتلف ماله ، كذا ذكره الرافعي في الكلام على الحبس(٢) .

---

(١) سنن الدارقطني (٤/ ٢٣٠ـ ٢٣١) ، المستدرك (٢/ ٥٨) عن كعب بن مالك رضي الله عنه .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٢٦) .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِهِ . . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ ، وَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ . . حُجِرَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ ٱلْمُفْلِسِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِذَا حُجِرَ . . تَعَلَّقَ حَقُّ ٱلْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ ، وَأُشْهِدَ عَلَىٰ حَجْرِهِ لِيُحْذَرَ . وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ . . فَفِي قَوْلٍ : يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ . . . .

(وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله . . فكذا في الأصحِّ) لتمكنهم من المطالبة في الحال ، **والثاني** : يحجر عليه ؛ لئلا يذهب ماله في النفقة .

(**ولا يحجر بغير طلب**) لأنه لمصلحة الغرماء ، وهم ناظرون لأنفسهم .

نعم ؛ لو كان الدين لمحجور عليه . . فإنه يحجر وإن لم يسأل وليه ؛ لأنه ناظر في مصلحته .

وأفهم كلام المصنف : أنه لا يحجر لدين الغائب ، وهو كذلك ؛ لأنه ليس له استيفاء مال الغائب من الذمم ، وإنما له حفظ أعيان أموالهم .

(**ولو طلب بعضهم**) أي : بعض الغرماء (**ودينه قدر يحجر به**) بأن زاد علىٰ ماله (. . **حجر**) لوجود شرط الحجر ، ثم لا يختص أثره بالطالب ، بل يعم الكلَّ .

(**وإلا . . فلا**) لأن دينه يمكن وفاؤه بكماله ، فلا ضرورة به إلىٰ طلب الحجر ، **وقيل** : يحجر ، وقواه في « زيادة الروضة » لئلا يضيع حقُّه بتكاسل غيره[1] .

(**ويحجر بطلب المفلس في الأصحِّ**) لأن له غرضاً ظاهراً فيه ، **والثاني** : لا ؛ لأن الحجر ينافي الحرية والرشد ، وإنما قلنا به عند طلب الغرماء ؛ للضرورة .

(**وإذا حجر . . تعلق حقُّ الغرماء بماله**) عيناً وديناً ومنفعة ؛ كالرهن ، وخرج بحقِّ الغرماء حقُّ الله تعالىٰ ؛ كالزكاة والكفارة والنذر ، فلا يتعلق بماله ؛ كما صرح به الرافعي في الباب الثاني من (كتاب الأيمان)[2] .

(**وأُشهد علىٰ حجره ليُحذَر**) فلا يعامل ، والإشهاد مستحب ، **وقيل** : شرط لصحة الحجر .

(**ولو باع أو وهب أو أعتق . . ففي قول : يُوقف تصرفُه ، فإن فَضَل ذلك عن**

---

(١) روضة الطالبين (٤/١٢٨) .

(٢) الشرح الكبير (١٢/٢٧٨) .

ٱلدَّيْنِ . . نَفَذَ ، وَإِلاَّ . . لَغَا ، وَٱلأَظْهَرُ : بُطْلاَنُهُ . وَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ بَاعَ سَلَماً أَوِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . . فَٱلصَّحِيحُ : صِحَّتُهُ ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلاَقُهُ وَخُلْعُهُ وَٱقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ . . فَٱلأَظْهَرُ : قَبُولُهُ فِي حَقِّ ٱلْغُرَمَاءِ ، . . . .

الدين) لارتفاع القيمة ، أو لإبراء بعض الغرماء (. . نفذ ، وإلا . . **لغا**) إلحاقاً له بالمريض ، (والأظهر : **بطلانه**) لتعلق حقهم به ؛ كالمرهون .

(ولو باع ماله) جميعه ، أو بعضه (**لغرمائه بدَيْنهم**) أو لغريمه الواحد بدينه (. . **بطل في الأصحِّ**) لاحتمال أن يكون له غريم آخر ، فلا يصحُّ ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لأن الحجر لهم ، والأصل : عدم غيرهم .

ومحل الخلاف : إذا لم يأذن فيه القاضي ، فإن أذن فيه . . صحَّ .

واحترز بقوله : (بدينهم) عما إذا باع لا بدينهم ، بل ببعضه ، أو بعين . . فإنه كالبيع من أجنبي ؛ لأنه لا يتضمن ارتفاع الحجر عنه ، بخلاف ما إذا باعه بكلِّ الدين ، ولو باع الأجنبي بإذن الغرماء . . لم يصحَّ في الأصحِّ[1] .

(**فلو باع سلماً ، أو اشترىٰ في الذمة . . فالصحيح : صحته ، ويثبت في ذمته**) إذ لا ضرر على الغرماء فيه ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ كالسفيه .

(**ويصحُّ نكاحه وطلاقه وخلعه واقتصاصه وإسقاطه**) ولو مجاناً **على الأصح** ؛ لأنه لا تعلق لهٰذه الأشياء بالمال ، ويصحُّ استلحاقه النسب ، ونفيه باللعان .

وصورة مسألة الخلع : أن المفلس هو الزوج .

أما الزوجة والأجنبي . . فلا ينفذ منهما في العين ، وفي الدين الخلافُ في السلم .

(**ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر . . فالأظهر : قبوله في حقِّ الغرماء**) لأن ضرره في حقِّه أكثرُ منه في حقِّ الغرماء ، فلا يتهم فيه ، **والثاني** : لا يقبل في حقهم ؛ لئلا يضرهم بالمزاحمة ، ولأنه ربما واطأ المقر له ، وبناهما الماوردي علىٰ أن هٰذا الحجر حجر مرض أو سفه ، وفيه قولان[2] .

---

(١) في غير (أ) : (ولو باع لأجنبي بإذن الغرماء . . لم يصح) .
(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٤٥٤) .

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَىٰ مَا بَعْدَ ٱلْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقاً . . لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ، وَإِنْ قَالَ : عَنْ جِنَايَةٍ . . قُبِلَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِٱلْعَيْبِ مَا كَانَ ٱشْتَرَاهُ إِنْ كَانَتِ ٱلْغِبْطَةُ فِي ٱلرَّدِّ . وَٱلأَصَحُّ : تَعَدِّي ٱلْحَجْرِ إِلَىٰ مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِٱلِاصْطِيَادِ وَٱلْوَصِيَّةِ وَٱلشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، . . . .

واحترز بقوله : (في حقِّ الغرماء) عن حقِّ نفسه ؛ فإنه يقبل ويطالب .

(**وإن أسند وجوبَه إلىٰ ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً**) أي : إسناداً معللاً بمعاملة ، أو إسناداً مطلقاً (. . **لم يقبل في حقِّهم**) أما في الأولىٰ . . فلتقصير من عامله ، وأما في الثانية . . **فلأن قياس المذهب** : تنزيل الإقرار علىٰ أقل المراتب ، وهو دين المعاملة ، وهـٰذه الثانية : ليست في « الشرح » ، و« الروضة » بالصريح ، لكنها تؤخذ من كلامهما ، وفيهما بدلها الإطلاق بمعنىٰ آخر ، وهو أنه أقرَّ ولم يُسنده إلىٰ ما قبل الحجر ، ولا إلىٰ ما بعده ، قال الرافعي : **فقياس المذهب** : تنزيله على الأقلِّ ، وهو جعله كإسناده إلىٰ ما بعد الحجر[1] ، قال في « الروضة » : وهو ظاهر إن تعذر مراجعة المقر ، وإلا . . فينبغي أن يراجع ؛ لأنه يقبل إقراره[2] .

(**وإن قال : عن جناية . . قبل في الأصحِّ**) لعدم تفريط من أقر له ، **والثاني** : أنه كما لو قال عن معاملة .

(**وله أن يردَّ بالعيب ما كان اشتراه**) قبل الحجر (**إن كانت الغبطة في الردِّ**) لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأ ، وإنما هو من أحكام البيع السابق ، والحجر لا ينعطف علىٰ ما مضىٰ .

وأفهم قوله : (وله أن يرد) أنه لا يجبر عليه ، وصرح به القاضي الحسين ؛ لأنه ليس تفويتاً لحاصل ، وإنما هو امتناع من الاكتساب .

(**والأصحُّ : تعدي الحجر إلىٰ ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن صححناه**) لأن مقصود الحجر وصولُ الحقِّ إلى المستحقين ، وهـٰذا المعنىٰ يقتضي شمول الحجر للمال الحادث أيضاً ، **والثاني** : لا يتعدىٰ ؛ كما أن حجر الراهن علىٰ

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ١٠) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٣٢) .

وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ ٱلْحَالَ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَلَهُ ذَٰلِكَ ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ ٱلتَّعَلُّقُ بِهَا . . لاَ يُزَاحِمُ ٱلْغُرَمَاءَ بِٱلثَّمَنِ .

فَصْلٌ

[فيما يفعل في مال المحجور عليه بالفلس من بيع وقسمة وغيرهما]

يُبَادِرُ ٱلْقَاضِي بَعْدَ ٱلْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ ٱلْغُرَمَاءِ ، . . . .

نفسه في العين المرهونة لا يتعدىٰ إلىٰ غيرها .

(**وأنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلقَ بعين متاعه إن علم الحالَ ، وإن جهل . . فله ذلك**) لأن الإفلاس كالعيب فيفرق فيه بين العلم والجهل ، **والثاني** : له ذلك مطلقاً ؛ لتعذر الوصول إلى الثمن ، **والثالث** : ليس له ذلك مطلقاً ؛ لتقصيره بترك البحث مع سهولة الاطلاع ؛ فإن الحاكم يشهر أمر المفلس .

(**وأنه إذا لم يكن التعلق بها**[(١)] **. . لا يزاحم الغرماءَ بالثمن**)[(٢)] لأنه دين حادث بعد الحجر برضا مستحقه ، والديون التي هـٰذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين ؛ كدين الصداق والضمان ، وعلىٰ هـٰذا : فإن فضل شيء عن دينهم . . أخذه ، وإلا . . انتظر وِجْدان شيء آخر ، **والثاني** : يزاحمهم ؛ لأن الغرماء ملكوا المبيع في مقابلة مزاحمته ، بخلاف الصداق ونحوه .

* * *

(**فصل : يبادر القاضي بعد الحجر ببيع ماله وقسمه بين الغرماء**) علىٰ نسبة ديونهم ؛ لأن المفلس يتضرر بطول الحجر ، والغريم بتأخر الحقِّ ، لكن لا يفرط في الاستعجال بحيث يقلُّ الثمن ، بل يتبع العرف في ذلك ، وهـٰذه المبادرة مستحبة .

---

(١) في (ب) و(د) : (إذا لم يمكن التعلق بها) .

(٢) قال : (وأنه إذا لم يكن التعلق بها) أي : إذا قلنا : ليس له التعلق بعين ماله ، فـ(كان) في عبارته تامة بمعنىٰ : يثبت ، وعبارة « المحرر » [ص١٧٤] : (إذا لم يكن له) ، فحذف المصنف (له) اختصاراً ، فالتبس علىٰ بعض النساخ فكتب : (إذا لم يمكن) ، وفي كلٍّ منهما نقص وإيهام . اهـ دميري [٤/ ٣٦٤] ، إذ التعبير : (يمكنه أو يكن له) اهـ أذرَعي ، وشرح الشيخ شهاب الدين ابن حجر علىٰ (يكن) ، وساق قول الدميري : (وفي كلٍّ . . .) إلخ ، ثم قال [٥/ ١٢٧] : (ولا يحتاج إلىٰ دعوى النقص في « يكن » كما هو واضح) . اهـ هامش (د) .

وَيُقَدِّمُ مَا يُخَافُ فَسَادُهُ ، ثُمَّ ٱلْحَيَوَانَ ، ثُمَّ ٱلْمَنْقُولَ ، ثُمَّ ٱلْعَقَارَ . وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ ٱلْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ، بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، حَالاًّ ، مِنْ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ . . . .

(**ويقدم ما يخاف فساده**) كالفواكه والبقول ؛ صيانة له ، (**ثم الحيوان**) لأنه متعرض للتلف ، وله مؤنة ، (**ثم المنقول**) لأنه يخشىٰ ضياعه ، (**ثم العقار**) لأنه لا يخشىٰ هلاكه ، ويؤمن سرقته ، ويقدم الملبوس على النحاس ونحوه ، والبناء على الأراضي ، قاله الماوردي[١] .

ومحل هـٰذا الترتيب : إذا لم يكن في ماله ما تعلق الحقُّ بعينه ؛ كالمرهون ، والجاني ، ومال القراض ، فإن كان . . قدم بيعه بعد ما **يخاف** فساده ، فإن فضل منه شيء . . قسم ، أو بقي شيء منه للمرتهن ، أو للمجني عليه ، أو للمقارض . . ضارب به .

(**وليبع بحضرة المفلس وغرمائه**) ندباً ؛ لأنه أنفىٰ للتهمة ، ولأن الغرماء قد يزيدون في السلعة ، والمفلس يُبيِّن ما في ماله من العيب فلا يُردُّ ، والصفاتِ المطلوبة فتكون الرغبةُ فيه أكثر ، قال الماوردي : **والأولىٰ** : أن يتولى المفلس أو وكيله البيعَ بإذن الحاكم ؛ ليقع الإشهاد عليه ، وتطيب نفسُ المشتري[٢] .

(**كلَّ شيء في سوقه**) ندباً ؛ لأن طالبه فيه أكثر ، هـٰذا إذا لم يكن في نقله مؤنة كثيرة ، فإن كان ورأى الحاكم أن المصلحة استدعاءُ أهل السوق إليه . . فعل ، حكاه في « الكفاية » عن الماوردي ، وأقره[٣] ، ولو باع في غير سوقه بثمن مثله . . جاز .

(**بثمن مثله ، حالاً ، من نقد البلد**) وجوباً ؛ كما صرح به في « المحرر »[٤] ؛ لأن التصرف لغيره فوجب فيه رعايةُ المصلحة ، والمصلحةُ ما ذكر .

نعم ؛ ذكر الشيخان في (كتاب الوكالة) : أنه لو رأى الحاكم المصلحةَ في البيع

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٤٤٩) .
(٢) الحاوي الكبير (٧/ ٤٤٤) .
(٣) كفاية النبيه (٩/ ٤٩٧) .
(٤) المحرر (ص ١٧٤) .

ثُمَّ إِنْ كَانَ ٱلدَّيْنُ غَيْرَ جِنْسِ ٱلنَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ ٱلْغَرِيمُ إِلاَّ بِجِنْسِ حَقِّهِ . . ٱشْتُرِيَ ، وَإِنْ رَضِيَ . . جَازَ صَرْفُ ٱلنَّقْدِ إِلَيْهِ إِلاَّ فِي ٱلسَّلَمِ . وَلاَ يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ . وَمَا قَبَضَ . . قَسَمَهُ بَيْنَ ٱلْغُرَمَاءِ إِلاَّ أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرَ لِيَجْتَمِعَ . وَلاَ يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لاَ غَرِيمَ غَيْرُهُمْ ، فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ . . شَارَكَ بِٱلْحِصَّةِ ، وَقِيلَ : تُنْقَضُ ٱلْقِسْمَةُ . وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ مُسْتَحَقّاً وَٱلثَّمَنُ تَالِفٌ . . فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ ، . . . .

بمثل حقوق الغرماء . . جاز[1] ، وقال المتولي : إذا رضي المفلس والغرماءُ بالبيع مؤجلاً ، أو بغير نقد البلد . . جاز ، قال السبكي : **وفيه نظر** ؛ لاحتمال غريم آخر[2] .

(**ثم إن كان الدين غير جنس النقد ، ولم يرض الغريم إلا بجنس حقِّه . . اشتُري**) لأنه واجبه .

(**وإن رضي . . جاز صرفُ النقد إليه إلا في السلم**) لأنه اعتياض ، وهو ممتنع فيه ؛ كما مرّ في بابه ، وفي معناه : المنفعة في إجارة الذمة **على الأصح** .

(**ولا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه**) لأنه ينصرف لغيره فيحتاط ، فإن سلم . . ضمن قيمة المبيع .

(**وما قبض . . قسمه بين الغرماء**) ندباً ؛ لتبرأ الذمة ويصل الحقُّ إلىٰ مستحقه ، (**إلا أن يعسر ؛ لقلته فيؤخر ليجتمع**) ندباً ، ويودعه أميناً إن لم يجد موسراً أميناً يقرضه ، ولا يتركه القاضي بيده ؛ للتُّهَمة ، نصّ عليه .

(**ولا يكلفون بينةً بأن لا غريم غيرُهم**) لأن الحجر يشتهر ، فلو كان له غريم . . لظهر .

(**فلو قسم فظهر غريم . . شارك بالحصة**) لحصول المقصود بذلك ، (**وقيل : تُنقض القسمة**) لأنها وقعت علىٰ غير الوجه السائغ شرعاً .

(**ولو خرج شيء باعه قبل الحجر مستحقاً والثمنُ تالف . . فكدين ظهر**) وحكمُه : ما تقدم ، وسواء تلف قبل الحجر أو بعده ؛ لثبوته قبل الحجر .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٢٥) ، لم أجده في (كتاب الوكالة) من « روضة الطالبين » ، والمسألة موجودة في (كتاب الرهن) منه (٤/ ٩٢) .

(٢) وليس للنظر وجه ؛ لأن لفظ الغرماء عام . اهـ هامش (أ) .

وَإِنِ ٱسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ ٱلْحَاكِمُ . . قُدِّمَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلثَّمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُحَاصُّ ٱلْغُرَمَاءَ . وَيُنْفِقُ عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّىٰ يُقَسِّمَ مَالَهُ إِلاَّ أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ . وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي ٱلأَصَحِّ وَإِنِ ٱحْتَاجَ إِلَىٰ خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ . وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ ، . . .

واحترز بقوله : (قبل الحجر) عما إذا وقع فيه . . فإنه لا أثر له ؛ لأنه دين حادث لم يتقدم له سبب ، **وبقوله** : (والثمن تالف) عما إذا كان باقياً . . فإنه يرده .

وقوله : (فكدين) لا معنىً للكاف ، بل هو دين ظهر حقيقة .

(**وإن استُحق شيء باعه الحاكم . . قُدم المشتري بالثمن**) لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس ، فكان التقديم من مصالح الحجر ؛ كأجرة الكَيَّال ونحوها من المُؤَن ، (**وفي قول : يُحاصُّ الغرماء**) كسائر الديون ؛ لأنه دين في ذمة المفلس ، ولا يطالب الحاكم وكذا أمينه **علىٰ الأصح في** « **زيادة الروضة** »[١] .

(**وينفق علىٰ** من **عليه نفقته حتىٰ يقسم ماله**) لأنه موسر ما لم يزل ملكُه .

وكان ينبغي أن يقول : (ويَمُون) ليشمل النفقة ، والكسوة ، والإسكان ، والإخدام ، وتكفين من مات منهم قبل القسمة .

نعم ؛ لا تلزمه مؤنة الزوجة المتجددة بعد الحجر ، بخلاف الولد ؛ كما قالاه في (النكاح) ، وفرق بينهما بعدم الاختيار في الولد ، بخلاف الزوجة ، ويُنفق على الزوجة نفقةَ المعسرين على المرجح في « زيادة الروضة » تبعاً للإمام[٢] .

(**إلا أن يستغني بكسب**) لائق به ؛ فإنه لا ينفق عليه من ماله ، بل من الكسب ، فإن فضل شيء منه . . ردَّ إلى المال ، وإن نقص . . كمل منه .

(**ويباع مسكنه وخادمه في الأصحِّ وإن احتاج إلىٰ خادم لزمانته ومنصبه**) لأن تحصيلهما بالكراء أسهل ، فإن تعذر . . فعلى المسلمين ، **والثاني** : يبقيان للمحتاج إذا كانا لائقين به ، وهو مُخرَّج من نصِّه في الكفارات .

والفرق على الأول : أن حقوق الآدميين أضيق ، ولا بدل لها أيضاً .

(**ويُترك له دَستُ ثوب يليق به**) قال الإمام أي : يليق به في إفلاسه ، قال

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٤٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٤٥) ، نهاية المطلب (٦/ ٤٠٩) .

وَهُوَ : قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمُكَعَّبٌ ، وَيُزَادُ فِي ٱلشِّتَاءِ جُبَّةٌ . وَيُتْرَكُ قُوتُ يَوْمِ ٱلْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ . . . .

الشيخان : لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يوافقونه[١] .

(وهو) في حقّ الرجل (قميص ، وسراويل ، وعمامة ، ومُكعَّب) وهو المَدَاس .

(ويزاد في الشتاء جبةٌ) لاحتياجه إلىٰ ذلك ، ومثله لا يؤجر غالباً ، ويترك له أيضاً المنديل والخف والطيلسان إن كان تركهما يزري به ، والدُّرَّاعة ، وهي : ما يلبسها فوق القميص إن كانت تليق به ، ويسامح باللبد والحصير القليل القيمة .

قال العبادي في « الزيادات » : ويترك للعالم كتب العلم ؛ لأنه يحتاج الناس إلىٰ علمه ، وأقره عليه في « شرح المهذب » في (قسم الصدقات)[٢] .

قال الأَذْرَعي : وذكره غير العبادي ، وقال الإسنوي : لم أر ما يخالفه ، وفي « الشرح » ، و« الروضة » في (قسم الصدقات) عن الغزالي ما يوافقه ؛ فإنه شبهها بثياب بدنه ، فيترك له منها ما يحتاج إليه[٣] .

أما المرأة : فتزاد على القميص والسراويل والمُكعَّب والجبة . . المقنعة والإزار وغيرهما مما يليق بحالها .

وقول المصنف : (ويترك له) أي : يخلىٰ إن كان في ماله ، ويشترىٰ إن لم يكن .

(ويترك قوتُ يوم القسمة لمن عليه نفقته) لأنه موسر في أوله ، وفي « الوجيز » : أنه يبقىٰ له سكنىٰ ذلك اليوم أيضاً ، قال الرافعي : وهو قياس الباب ، وإن لم يتعرض له غيره ، وجزم به الرافعي في (العتق) في الكلام على السراية[٤] .

وجميع ما تقدم فيما إذا كان بعضُ ماله خالياً عن تعلق حقٍّ لمعين ، فإن تعلق بجميع ماله حقٌّ لمعين ؛ كالمرهون . . فلا ينفق عليه ولا علىٰ عياله منه .

---

(١) نهاية المطلب (٦/٤٠٩) ، روضة الطالبين (٤/ ١٤٥) ، الشرح الكبير (٥/ ٢٢) .

(٢) المجموع (٦/ ١٨٠) .

(٣) روضة الطالبين (٢/ ٣١٢) .

(٤) الوجيز (ص١٩٧) ، الشرح الكبير (٥/ ٢٣ ، ١٣/ ٣١٥) .

وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ ٱلْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ ٱلدَّيْنِ ، وَٱلأَصَحُّ : وُجُوبُ إِجَارَةِ أُمِّ وَلَدِهِ وَٱلأَرْضِ ٱلْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ . وَإِذَا ٱدَّعَىٰ أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوهُ ؛ فَإِنْ لَزِمَهُ ٱلدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ . . فَعَلَيْهِ ٱلْبَيِّنَةُ ، وَإِلاَّ . . فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب ، أو يؤجر نفسه لبقية الدين) لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

نعم ؛ إن وجب الدين بسبب هو عاص به ؛ كالإتلاف عمداً . . وجب عليه الاكتساب ؛ كما نقله ابن الصلاح في « فوائد رحلته » عن أبي عبد الله الفَزَاري ؛ لأن التوبة منه واجبة ، وأداؤه من جملة شروطها ؛ لكونه حق آدمي .

وما جزموا به هنا من عدم الاكتساب يخالف ما صححوه من وجوب الاكتساب في نفقة القريب ، مع أن الدين أقوىٰ من نفقة القريب ؛ فإنها تسقط بمضي الزمان .

وقد يفرق بينهما : بأن نفقة القريب فيها إحياء بعضه ، فلزمه الاكتساب لها ؛ كما يلزمه الاكتساب لإحياء نفسه ، بخلاف الدين .

(والأصح : وجوب إجارة أم ولده والأرض الموقوفة عليه) لأن منافعها كالأعيان ، فيصرف بدلهما إلى الدين ، **والثاني** : لا ؛ لأنهما لا يعدان أموالاً حاضرة ، ولهـٰذا لا تجب إجارةُ نفسه .

ولو قال : (والموقوف عليه) . . لكان أخصر وأشمل . ويُؤجَّرُ الموقوفُ مدةً لا يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلىٰ حدٍّ لا يتغابن به الناس في غرض قضاء الدين ، والتخلص من المطالبة ، فإن انقضت . . أُجِّر مرة بعد أخرىٰ إلىٰ فناء الدين .

(وإذا ادعىٰ أنه معسر ، أو قسم ماله بين غرمائه ، وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروه ؛ فإن لزمه الدين في معاملة مال ؛ كشراء أو قرض . . فعليه البينة) لأن الأصل بقاءُ ما وقعت عليه المعاملة ، (وإلا) أي : وإن لزمه لا في معاملة مال ؛ كالصداق ، والضمان ، والإتلاف (. . فيصدق بيمينه في الأصحِّ) لأنه خُلِق ولا مال له ، والأصلُ بقاء ذلك ، **والثاني** : لا بدّ من البينة ؛ لأنه خلافُ الظاهر من أحوال الحرِّ .

ومحلُّ ما ذكره المصنف من التفصيل : إذا لم يَسبق إقرارُه بالمَلاءة ، فلو أقر بها ثم

وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ ٱلْإِعْسَارِ فِي ٱلْحَالِ ، وَشَرْطُ شَاهِدِهِ : خِبْرَةُ بَاطِنِهِ ، وَلْيَقُلْ : هُوَ مُعْسِرٌ ، وَلاَ يُمَحِّضُ ٱلنَّفْيَ كَقَوْلِهِ : (لاَ يَمْلِكُ شَيْئاً) . وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ . . لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلاَ مُلاَزَمَتُهُ ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّىٰ يُوسِرَ . وَٱلْغَرِيبُ ٱلْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ ٱلْإِعْسَارِ . . يُوَكِّلُ ٱلْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ . . شَهِدَ بِهِ .

ادعى الإعسار . . ففي « فتاوي القفال » : أنه لا يُقبل قوله ، إلا أن يقيم بينةً علىٰ ذهاب ماله الذي أقر أنه مليء به .

(وتقبل بينة الإعسار) وإن تعلقت بالنفي ؛ لمكان الحاجة ؛ كالبينة علىٰ أن لا وارث سوىٰ هـٰؤلاء (في الحال) كغيرها .

(وشرط شاهده : خبرة باطنه) بطول جوار ، وكثرة مخالطة ؛ لأن الأموال تخفىٰ .

(وليقل : « هو معسر » ، ولا يُمحِّضُ النفي ؛ كقوله : « لا يملك شيئاً ») بل يجمع بين نفي وإثبات ، فيقول : (هو معسر لا يملك إلا قوت يومه ، وثياب بدنه) ، كما في « الروضة » ، و« أصلها »[1] .

وإذا شهدوا على المفلس بالغنىٰ . . فلا بدَّ من بيان سببه ؛ لأن الإعدام لمَّا لم يثبت إلا من أهل الخبرة . . كذلك الغنىٰ ، قاله القفال في « فتاويه » .

(وإذا ثبت إعساره . . لم يجز حبسه ولا ملازمته ، بل يمهل حتىٰ يوسر) للآية المارة .

وأفهم : أن المَديون يُحبس إلىٰ ثبوت إعساره ، **ويستثنىٰ** : الآباء والأجداد ؛ فإنهم لا يُحبسون بديون أبناءهم **على الأصح** .

وإذا جاز حبس المَديون . . فللغريم ملازمتُه ؛ لأنها أخفُّ ، إلا أن يقول المديون للقاضي : إنه تَشُقُّ عليه الطهارة والصلاة بسبب ملازمته فاحبسني فإنه يجاب[2] .

(والغريب العاجز عن بينة الإعسار . . يوكل القاضي به من يبحث عن حاله ، فإذا غلب علىٰ ظنه إعسارهُ . . شهد به) لئلا يتخلد الحبس عليه .

---

(١) روضة الطالبين (٤/١٣٨) ، الشرح الكبير (٥/٢٨) .

(٢) قال ابن حزم في « المُحلىٰ » [٩/١٧] : وللشافعي قولٌ لا يعرفه إلاّ حُذّاق أصحابه : أن الحرَّ يُباع في دينه ؛ كمذهب عمر . انتهىٰ ، وحُكي أن فتيان المالكي ناظر الشافعي في بيع الحرِّ في الدين ، فكان الشافعي يقول : يباع ، وهو يقول : غريب لا يُعرف . اهـ هامش (أ) .

فَصْلٌ

[في رجوع المعامل للمفلس عليه بما عامله به ولم يقبض عوضه]

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلثَّمَنَ حَتَّىٰ حُجِرَ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي بِٱلْفَلَسِ . . فَلَهُ فَسْخُ ٱلْبَيْعِ وَٱسْتِرْدَادُ ٱلْمَبِيعِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى ٱلْفَوْرِ ، وَأَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ ٱلْفَسْخُ بِوَطْءٍ وَإِعْتَاقٍ وَبَيْعٍ . وَلَهُ ٱلرُّجُوعُ فِي سَائِرِ ٱلْمُعَاوَضَاتِ كَٱلْبَيْعِ ، وَلَهُ شُرُوطٌ ؛ مِنْهَا : كَوْنُ ٱلثَّمَنِ حَالاًّ . . . .

(**فصل : من باع ولم يقبض الثمن حتىٰ حجر على المشتري بالفلس . . فله فسخُ البيع واسترداد المبيع**) لحديث : « مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ ، أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » متفق عليه[1] .

وكون الثمن غيرَ مقبوض يحتاج إلىٰ إضماره في الحديث ، وفي حكم الحجر بالفلس الموتُ مفلساً ، ولو أفلس ولم يحجر عليه أو حجر عليه لسفه . . لم يثبت الرجوع ، ويحصل بـ(فسخت البيع) ، و(نقضته) ، ونحوهما .

(**والأصحُّ : أن خياره على الفور**) كخيار العيب بجامع دفع الضرر ، **والثاني** : لا ؛ كخيار الرجوع في الهبة .

(**وأنه لا يحصل الفسخ بوطء وإعتاق وبيع**) كالواهب ، **والثاني** : يحصل ؛ كالبائع في زمن الخيار .

وفرق الأول : بأن ملك المشتري ثَمَّ ليس بمستقر ، فجاز الفسخ بالفعل ، بخلاف مسألتنا ، قال في « المعين » : **ومحل الخلاف** : إذا نوىٰ بالوطء الفسخَ ، قال : وهـٰذا علىٰ قولنا : لا يفتقر هـٰذا الفسخ إلىٰ حاكم ، وإلا . . فلا يحصل به قطعاً .

(**وله الرجوع في سائر المعاوضات ؛ كالبيع**) لعموم الحديث السابق .

وقوله : (كالبيع) أي : في كون المعاوضة محضة ، فيدخل في ذلك السلم ، والقرض ، والإجارة ، ويخرج الخلع ، والمصالحة عن دم العمد ؛ فإنهما ليسا كالبيع في كونه معاوضةً محضةً .

(**وله شروط ؛ منها : كون الثمن حالاً**) ؛ لأن المؤجل لا يطالب به ، فتباع السلعة وتصرف إلىٰ ديون الغرماء .

---

(١) صحيح البخاري (٢٤٠٢) ، صحيح مسلم (١٥٥٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِٱلإِفْلاَسِ ، فَلَوِ ٱمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ ٱلثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ . . فَلاَ فَسْخَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ ٱلْغُرَمَاءُ : (لاَ تَفْسَخْ وَنُقَدِّمُكَ بِٱلثَّمَنِ) . . فَلَهُ ٱلْفَسْخُ . وَكَوْنُ ٱلْمَبِيعِ بَاقِياً فِي مِلْكِ ٱلْمُشْتَرِي ، . . . .

وشمل كلامه ما لو اشترىٰ بمؤجل ، وحلَّ قبل الحجر ، **وهو الأصح** ، وما لو حلَّ بعد الحجر ، **وهو الأصح في « الشرح الصغير »** ، وقال في « زيادة الروضة » : **إنه الأصح في « الوجيز »** ، وسكت عليه ، ولا ترجيح في « الكبير »[(١)] .

(**وأن يتعذر حصولُه بالإفلاس ، فلو امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب . . فلا فسخ في الأصحِّ**) لأن التوصل إلىٰ أخذه بالسلطان ممكن ، فإن فرض عجز علىٰ ندور . . فلا عبرة به ، **والثاني** : يثبت ؛ لتعذر الوصول إليه حالاً ، وتوقعه مآلاً ، فأشبه المفلسَ .

واحترز بـ(الإفلاس) : عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن . . فإنا إن جوزنا الاعتياض عن الثمن . . فلا فسخ ؛ لعدم تعذر استيفاء عوض عنه ، وإن منعنا . . فعلى الخلاف في انقطاع المسلم فيه .

(**ولو قال الغرماء : « لا تفسخ ، ونقدمك بالثمن » . . فله الفسخ**) لما فيه من المنة ، وقد يظهر غريم آخر ، **وقيل** : لا ، وجزم به في « الروضة » في آخر الباب في الكلام على القصارة ، وهو وهم ، وقد ذكره الرافعي على الصواب[(٢)] .

(**وكون المبيع باقياً في ملك المشتري**) لقوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المارِّ : « مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ . . . »[(٣)] .

وقد يفهم : أنه لو زال ثم عاد . . لا رجوع ، **وهو الأصحُّ في « زيادة الروضة »** كما هو المصحح في هبة الولد ، **لكن الأصحَّ في « الشرح الصغير »** : الرجوع ، وكلام « الكبير » يشعر برجحانه[(٤)] .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٢٩) ، الشرح الكبير (٥/ ٧) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٧٤) ، الشرح الكبير (٥/ ٣١) .

(٣) في (ص ١٧٤) .

(٤) روضة الطالبين (٤/ ١٥٦) ، الشرح الكبير (٥/ ٤١) .

فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ ٱلْعَبْدَ . . فَلاَ رُجُوعَ ، وَلاَ يَمْنَعُ ٱلتَّزْوِيجُ . وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ . . أَخَذَهُ نَاقِصاً ، أَوْ ضَارَبَ بِٱلثَّمَنِ . أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوِ ٱلْبَائِعِ . . فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ ٱلْقِيمَةِ . وَجِنَايَةُ ٱلْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ ٱلْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ . . أَخَذَ ٱلْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ ٱلتَّالِفِ ، . . . .

(**فلو فات**) حسّاً ؛ كالموت ، أو حكماً ؛ كالعتق (**أو كاتب العبدَ**) كتابة صحيحة (. . **فلا رجوع**) لخروجه عن ملكه في الفوات ، وفي الكتابة هو كالخارج عن ملكه ، وليس له فسخ هـٰذه التصرفات ، بخلاف الشفيع ؛ لسبق حقِّ الشفيع على التصرفات ، بخلاف البائع .

(**ولا يمنع التزويج**) لأنه لا يمنع البيع ، وبقي للرجوع شرطان آخران : **الأول** : ألا يتعلق بالمبيع حقٌّ ثالث ؛ كالجناية والرهن ، فإن زال التعلق . . رجع ، **الثاني** : ألا يقوم بالبائع مانع من التملك ؛ كما لو أحرم والمبيع صيداً . . فإنه لا رجوع **في الأصح** ، لكن قال المَحاملي : إنه يجوز للكافر الرجوع فيما إذا كان المبيع عبداً مسلماً ، وأقره عليه في « الروضة » ، و« شرح المهذب » ، قال الإسنوي : وفي الفرق بعد[1] .

(**ولو تعيب بآفة . . أخذه ناقصاً ، أو ضارب بالثمن**) كما لو تعيب المبيع في يد البائع .

(**أو بجناية أجنبي أو البائع . . فله أخذه ، ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة**) لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان ، وكان ذلك مستحقاً للبائع لو بقي ، فلا يحسن تضييعه عليه ؛ **مثاله** : قيمته سليماً مئة ، ومعيباً تسعون ، فيرجع بعشر الثمن .

(**وجناية المشتري كآفة في الأصحِّ**) في جنايته طريقان : **أصحهما** : أنها كجناية البائع على المبيع قبل القبض ؛ لأن أخذ المبيع من يد كلٍّ منهما مستحقٌّ ، وعلىٰ هـٰذا : فهل هو كآفة ، أو كجناية أجنبي ؟ فيه وجهان ، أشار إليهما في « الكتاب » ، **والطريق الثاني** : القطع بأنه كجناية الأجنبي .

(**ولو تلف أحدُ العبدين ثم أفلس**) وحجر عليه (. . **أخذ الباقيَ ، وضارب بحصة التالف**) لأنه ثبت له الرجوعُ في كلٍّ منهما .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٥٠) ، المجموع (٩/ ٣٣٩) .

وَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ ٱلثَّمَنِ . . رَجَعَ فِي ٱلْجَدِيدِ ، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ ٱلثَّمَنِ . . أَخَذَ ٱلْبَاقِي بِبَاقِي ٱلثَّمَنِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي ٱلثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ . وَلَوْ زَادَ ٱلْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ . . فَازَ ٱلْبَائِعُ بِهَا ، وَٱلْمُنْفَصِلَةُ ـ كَٱلثَّمَرَةِ وَٱلْوَلَدِ ـ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلأَصْلِ ، فَإِنْ كَانَ ٱلْوَلَدُ صَغِيراً وَبَذَلَ ٱلْبَائِعُ قِيمَتَهُ . . أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ ، . . . .

(**ولو كان قبض بعض الثمن . . رجع في الجديد**)[1] لأن الإفلاس سببٌ يعود به كلُّ المبيع إليه ، فجاز أن يعود به بعضه ؛ كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميعُ الصداق إلى الزوج تارةً ، وبعضه أخرىٰ ، **والقديم** : لا يرجع ، بل يضارب بباقي الثمن ؛ لحديث مرسل فيه[2] .

(**فإن تساوت قيمتُهما وقبض نصفَ الثمن . . أخذ الباقي بباقي الثمن**) ويكون ما قبضه في مقابلة التالف ؛ كما لو رهن عبدين بمئة وأخذ خمسين وتلف أحد العبدين . . كان الباقي مرهوناً بما بقي من الدين .

(**وفي قول**) مُخرَّج (**يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ، ويضارب بنصفه**) أي : بنصف الباقي ، وهو الربع ؛ لأن الثمن يتوزع على المبيع ، وحينئذ فيتوزع كلُّ واحد من المقبوض والباقي على العبدين .

(**ولو زاد المبيع زيادةً متصلة ؛ كسِمن وصَنعة . . فاز البائع بها**) جرياً على القاعدة في تنزيل الفسخ منزلةَ العقد إلا في الصداق ، فإن الزوج إذا طلَّق قبل الدخول . . لا يرجع في النصف الزائد إلا برضاها ؛ لما سيأتي في بابه .

(**والمنفصلةُ ـ كالثمرة والولد ـ للمشتري ، ويرجع البائع في الأصل**) لأن الشارع إنما أثبت له الرجوعَ في المبيع ، فيقتصر عليه .

(**فإن كان الولد صغيراً وبذل البائع قيمتَه . . أخذه مع أمه**) لأن التفريق ممتنع ، ومال المفلس مبيع كلُّه ، فأجبنا البائع لما سأله ؛ لاشتماله على المطلوب ، وخلوه عن المحذور .

---

(١) في (ب) و(د) : (فلو كان قبض) .
(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٧٨) ، وأبو داوود (٣٥٢١) ، وانظر « التلخيص الحبير » (٤/ ١٨٤٣) .

وَإِلاَّ . . فَيُبَاعَانِ وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ ٱلأُمِّ ، وَقِيلَ : لاَ رُجُوعَ . وَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ ٱلرُّجُوعِ دُونَ ٱلْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَعَدِّي ٱلرُّجُوعِ إِلَى ٱلْوَلَدِ . وَٱسْتِتَارُ ٱلثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِٱلتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنَ ٱسْتِتَارِ ٱلْجَنِينِ وَٱنْفِصَالِهِ ، وَأَوْلَىٰ بِتَعَدِّي ٱلرُّجُوعِ .

(**وإلا**) أي : وإن لم يبذل قيمته (. . **فيُباعان**) لوجود المحذور ، وهو التفريق ، (**وتصرف إليه حصةُ الأم**) وما قابل الولد إلى الغرماء ، (**وقيل : لا رجوع**) إذا لم يبذل القيمة ، بل يضارب ؛ لما فيه من التفريق من حين الرجوع إلى البيع[1] .

(**ولو كانت حاملاً عند الرجوع دون البيع ، أو عكسه . . فالأصحُّ : تعدي الرجوع إلى الولد**) **وجه الأصحِّ في الصورة الأولىٰ** : أن الحمل لمَّا تبع في البيع . . تبع في الرجوع ، **ووجه مقابله** : أن البائع إنما يرجع إلىٰ ما كان عند البيع ، والحملُ ليس كذلك ، وهـٰذا هو الأصحُّ في نظائر المسألة من الردِّ بالعيب ، والرهن ، ورجوع الوالد في الهبة ، قال الإسنوي ، والأَذْرَعي هنا : **والصواب** : التسوية ، وفي « المهمات » في (الرد بالعيب) : وينبغي أن تكون الفتوىٰ على انتقال الحمل مع الأم ؛ لنقل الرافعي إياه في (التفليس) عن الأكثرين[2] .

وأما الصورة الثانية : فالخلاف فيها مُفرَّع علىٰ أن الحمل يعلم فكأنه باعه عينين ، أو لا يعلم فلا يرجع فيه ، ولمَّا كان الأصحُّ العلمَ . . كان الأصحُّ الرجوعَ ، ولو كانت حاملاً عندهما . . رجع فيها حاملاً مطلقاً ، ولو حدث بينهما وانفصل . . فقد مرَّ أنه للمشتري ، وبهـٰذا يكمل للمسألة أربعة أحوال .

(**واستتار الثمر بكِمامه ، وظهورُه بالتأبير قريبٌ من استتار الجنين وانفصاله**) فتجيء الأحوال الأربعة المارة ، والحكم فيها ما تقدم .

(**وأولىٰ بتعدي الرجوع**) تبع في هـٰذه العبارة « المحرر »[3] ، وهي منتقدة ؛ فإنها إذا كانت غيرَ مؤبرة عند البيع مؤبرةً عند الرجوع . . فهي أولىٰ بتعدي الرجوع ، أما إذا كانت غير مؤبرة عند الرجوع ، ولم تكن موجودة عند البيع . . فأولىٰ بعدم تعدي

---

(١) لم يوجه الرافعي هـٰذا الوجه ، ووجهه الإسنوي بما ذكرناه ، وفيه نظر . اهـ هامش (أ) .
(٢) المهمات (٥/٢٠٩) .
(٣) المحرر (ص١٧٧) .

وَلَوْ غَرَسَ ٱلأَرْضَ أَوْ بَنَىٰ ؛ فَإِنِ ٱتَّفَقَ ٱلْغُرَمَاءُ وَٱلْمُفْلِسُ عَلَىٰ تَفْرِيغِهَا . . فَعَلُوا وَأَخَذَهَا ، وَإِنِ ٱمْتَنَعُوا . . لَمْ يُجْبَرُوا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ ٱلْغِرَاسَ وَٱلْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَيَبْقَى ٱلْغِرَاسُ وَٱلْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ . وَلَوْ كَانَ ٱلْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا . . فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ ٱلْمَبِيعِ مِنَ ٱلْمَخْلُوطِ ، . . . .

الرجوع ، وعبارة الغزالي في ذلك : وأولىٰ بالاستقلال[١] ، قال الرافعي : (يشير إلىٰ طريقة القطع في الثمار ؛ تارة في الإثبات ، وأخرىٰ في النفي كما بيناه)[٢] .

(ولو غرس الأرض أو بنىٰ ؛ فإن اتفق الغرماءُ والمفلس علىٰ تفريغها . . فعلوا) لأن الحقَّ لا يعدوهم (وأخذها) يعني : البائع إذا اختار الرجوع في الأرض ؛ لأنها عينُ ماله ، ولم يتعلق به حقٌّ لغيره ، ويجب تسوية الحفر ، وغرامة أرش النقص من مال المفلس مقدماً به .

(وإن امتنعوا . . لم يجبروا) على القلع ؛ لأنه حين بنىٰ وغرس لم يكن متعدياً ، بل وضعه بحقٍّ ، فيحترم .

(بل له أن يرجع ويتملكَ الغراس والبناءَ بقيمته ، وله أن يقلع ويضمن أرشَ نقصه)[٣] لأن مال المفلس مبيع كلُّه ، والضرر يندفع بكلٍّ واحد من الأمرين ، فأجبنا البائع لما طلبه منهما ، بخلاف الزرع ؛ فإنه يبقىٰ إلىٰ إدراكه ؛ لأن له أمداً ينتظر .

(والأظهر : أنه ليس له أن يرجع فيها ، ويبقى الغراسُ والبناء للمفلس) لما فيه من الضرر ؛ فإن الغراس بلا أرض ، والبناء بلا مقر ولا ممر . . ناقص القيمة ، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس ، **والثاني** : له ذلك ؛ كما لو صبغ الثوب . . يرجع فيه دون الصبغ ، ويكون شريكاً .

والفرق على الأول : أن الصبغ كالصفة التابعة للثوب .

(ولو كان المبيع حنطة فخلطها بمثلها أو دونها . . فله أخذُ قدر المبيع من المخلوط) بعد الفسخ ؛ لأنه في المثل لَمَّا تماثلا وجَوَّز الشارعُ القسمة . . كان المأخوذ

---

(١) الوجيز (ص٢٠٠) .
(٢) الشرح الكبير (٥/٤٩) .
(٣) في (ب) و(د) : (وله أن يقلعه ويغرم أرش نقصه) .

أَوْ بِأَجْوَدَ . . فَلاَ رُجُوعَ فِي ٱلْمَخْلُوطِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ ٱلثَّوْبَ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ ٱلْقِيمَةُ . . رَجَعَ وَلاَ شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ . . فَالأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُبَاعُ وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ . وَلَوْ صَبَغَهُ بِصَبْغِهِ ؛ فَإِنْ زَادَتِ ٱلْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ ٱلصِّبْغِ . . رَجَعَ ، وَٱلْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِٱلصِّبْغِ ، أَوْ أَقَلَّ . . فَٱلنَّقْصُ عَلَى ٱلصِّبْغِ ، . . . .

بمثابة الأول حكماً ، وفي المخلوط بالأدون مسامحة بعيب أحدثه الخلط في المبيع .

(**أو بأجود . . فلا رجوع في المخلوط في الأظهر**) بل يضارب بالثمن ؛ لتعذر القسمة ؛ إذ لا سبيل إلىٰ إعطائه قدر حقِّه من المخلوط ؛ لما فيه من إضرار المفلس ، ولا إلىٰ إعطائه ما يساوي حقَّه منه ؛ لأنه ربا ، **والثاني** : يرجع كالخلط بالمثل .

(**ولو طحنها أو قصر الثوبَ ، فإن لم تزد القيمةُ . . رجع ، ولا شيء للمفلس**) لأنه مبيع موجود من غير زيادة ، وإن نقصت . . فليس للبائع غيره .

(**وإن زادت . . فالأظهر : أنه يباع ، وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد**) لأنها زيادة حصلت بفعل محترم متقوم ، فوجب ألا يضيع عليه ، بخلاف الغاصب .

مثاله : قيمة الثوب خمسة ، فبلغ بالقصارة ستة . . فللمفلس سدس الثمن ، ولو أراد البائع أخذ الثوب ودفع حصة الزيادة . . مكن **على الأصح في** « **زيادة الروضة** »[(١)] .

والقول الثاني : إن البائع يفوز بالزيادة ؛ لأنها أثر ؛ كسمن الدابة بالعلف ، وكبر الشجرة بالسقي والتعهد .

(**ولو صبغه**) المفلس (**بصَبْغه ؛ فإن زادت القيمة**) بسبب الصبغ (**قدر قيمة الصِّبغ . . رجع ، والمفلس شريك بالصبغ**) لأن المبيع هو الثوب خاصة .

مثاله : قيمة الثوب أربعة ، والصبغ درهمان ، فصار بعد الرجوع يساوي ستة . . فيكون المفلس شريكاً بدرهمين ، وفي كيفية الشركة وجهان بلا ترجيح : **أحدهما** : كلُّ الثوب للبائع ، وكلُّ الصبغ للمفلس ؛ كما لو غرس الأرض ، **والثاني** : أنهما يشتركان فيهما جميعاً ؛ لتعذر التمييز ؛ كما في خلط الزيت .

(**أو أقل**) وسعر الثوب بحاله (. . **فالنقص على الصِّبغ**) لأن أجزاءه تتفرق

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٧١) .

أَوْ أَكْثَرَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مِنْهُ ٱلصِّبْغَ وَٱلثَّوْبَ . . رَجَعَ فِيهِمَا إِلاَّ أَلاَّ تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَىٰ قِيمَةِ ٱلثَّوْبِ فَيَكُونُ فَاقِداً لِلصِّبْغِ . وَلَوِ ٱشْتَرَاهُمَا مِنِ ٱثْنَيْنِ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغاً عَلَىٰ قِيمَةِ ٱلثَّوْبِ . . فَصَاحِبُ ٱلصِّبْغِ فَاقِدٌ ، وَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ ٱلصِّبْغِ . . ٱشْتَرَكَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِٱلزِّيَادَةِ .

وتنقص ، والثوب قائم بحاله ، فإذا صار الثوب في المثال المتقدم بعد الصبغ يساوي خمسة . . فيكون المفلس شريكاً بخمس الثوب ، ولو لم يزد الثوب شيئاً أو نقص . . فلا شيء للمفلس ، ولم يذكره المصنف .

(أو أكثر . . **فالأصحُّ** : **أن الزيادة**) كلّها (**للمفلس**) بناء علىٰ أن الصبغة كالقصارة يسلك بها مسلك الأعيان ، ومقابله مبنيٌّ علىٰ أنها أثر ، **وعلىٰ هـٰذا الأصح** : أن الزيادة توزع عليهما ، فيكون للبائع في مثالنا المارِّ ثلثا الثمن ، وللمفلس ثلثُه .

(**ولو اشترىٰ منه الصِّبغ والثوبَ . . رجع فيهما**) لأنهما عينُ ماله (**إلا ألا تزيد قيمتُهما علىٰ قيمة الثوب فيكون فاقداً للصِّبغ**) لاستهلاكه فيضارب بثمنه[1] .

(**ولو اشتراهما**) أي : الصبغ والثوب (**من اثنين ، فإن لم تزد قيمتُه مصبوغاً علىٰ قيمة الثوب . . فصاحب الصِّبغ فاقد**) له فيضارب بثمنه .

(**وإن زادت بقدر قيمة الصِّبغ . . اشتركا**) وفي كيفية الشركة ما مرَّ ، (**وإن زادت علىٰ قيمتهما . . فالأصحُّ : أن المفلس شريك لهما بالزيادة**) بناء علىٰ أنها عين ، **ومقابله** : بناء علىٰ أنها أثر .

* * *

---

(١) في (أ) : (فيطالب بثمنه) .

بابُ الحَجْر

مِنْهُ : حَجْرُ ٱلْمُفْلِسِ لِحَقِّ ٱلْغُرَمَاءِ ، وَٱلرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَٱلْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ ، وَٱلْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَٱلْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَهَا أَبْوَابٌ . وَمَقْصُودُ ٱلْبَابِ : حَجْرُ ٱلصَّبِيِّ وَٱلْمَجْنُونِ وَٱلْمُبَذِّرِ ، . . . .

(باب الحجر)

هو في اللغة : المنع ، **وفي الشرع** : المنع من التصرف في المال .

(منه حجر المفلس لحقِّ الغرماء) كما سبق بيانه ، **(والراهنِ للمرتهن)** في العين المرهونة .

(والمريضِ للورثة) في ثلثي التركة إن لم يكن عليه دين ، وفي جميعها إن كان عليه دين مستغرق ، كذا في « العجالة »[1] ، وتبعه الأَذْرَعي والزركشي ، لكن ذكرا في (الوصايا) عند ذكر ما يعتبر من الثلث : أن المريض لو وفىٰ دينَ بعض الغرماء . . فلا يزاحمه غيره إن وفى المال لجميع الديون ، وكذا إن لم يف **على المشهور** .

(والعبدِ لسيده ، والمرتدِّ للمسلمين ، ولها أبواب) تقدم بعضها ، وبعضها يأتي .

وقوله : (منه : كذا) فيه إشارة إلىٰ عدم الحصر ، وهو كذلك ؛ فإنه نحو ثلاثين نوعاً .

(ومقصود الباب : حجر الصبي ، والمجنون ، والمبذِّر) .

والأصل فيه : قوله تعالىٰ : ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا﴾ الآية ، وقد فسر الشافعي (السفيه) بالمبذر ، و(الضعيف) بالصبي وبالكبير المختل ، و(الذي لا يستطيع) بالمغلوب علىٰ عقله .

قال المتولي : ومن له أدنىٰ تمييز ، ولم يكمل عقله . . فهو كالصبي المميز ، كذا نقله الشيخان ، وأقراه[2] .

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٧٨٦) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٦٧) ، روضة الطالبين (٤/ ١٧٧) .

فَبِٱلْجُنونِ تَنْسَلِبُ ٱلْوِلاَيَاتُ وَٱعْتِبَارُ ٱلأَقْوَالِ ، وَيَرْتَفِعُ بِٱلإِفَاقَةِ . وَحَجْرُ ٱلصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلُوغِهِ رَشِيداً . وَٱلْبُلوغُ : بِٱسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَوْ خُرُوجِ ٱلْمَنِيِّ . وَوَقْتُ إِمْكَانِهِ : ٱسْتِكْمَالُ تِسْعِ سِنِينَ ، ....

واعترض : بأنه إن زال عقله.. فمجنون ، وإلا.. فهو مكلف ، وتصرفاته صحيحة ، فإن بذر.. فسفيه .

(**فبالجنون تنسلب الولاياتُ**) الثابتة بالشرع ؛ كولاية النكاح ، أو بالتفويض كالإيصاء والقضاء ؛ لأنه إذا لم يل أمرَ نفسه.. فغيره أولىٰ .

(**واعتبارُ الأقوال**) له وعليه ؛ لعدم قصده ، وأما أفعاله : **فمنها** : ما هو معتبر ؛ كإحباله ، وإتلافه مال الغير .

نعم ؛ لو أحرم ثم جنَّ فقتل صيداً.. **فالأظهر في « الروضة » في بابه** : عدم وجوب الجزاء[1] ، **ومنها** : ما هو غير معتبر ؛ كالصدقة .

(**ويرتفع**) حجر المجنون (**بالإفاقة**) بمجردها من غير فك .

(**وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ الآية .

(**والبلوغ : باستكمال خمس عشرة سنة**) قمرية ، كما صرح به في « المحرر »[2] تحديداً ؛ لحديث ابن عمر : (عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة ، فلم يجزني ولم يرني قد بلغت ، وعرضت عليه من قابل يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني ورآني بلغت) رواه ابن حبان كذلك ، وأصله في « الصحيحين »[3] .

(**أو خروج المني**) لقوله تعالىٰ : ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ﴾ ، وقوله عليه السلام : « رُفِعَ ٱلْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ : ٱلصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ »[4] .

(**ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين**) في الذكور والإناث ؛ للاستقراء .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ١٥٣ـ ١٥٤) .

(٢) المحرر (ص١٧٩) .

(٣) صحيح ابن حبان (٤٧٢٨) ، صحيح البخاري (٢٦٦٤) ، صحيح مسلم (١٨٦٨) .

(٤) أخرجه أبو داوود (٤٤٠٣) عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

وَنَبَاتُ ٱلْعَانَةِ يَقْتَضِي ٱلْحُكْمَ بِبُلُوغِ وَلَدِ ٱلْكَافِرِ ، لاَ ٱلْمُسْلِمِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَتَزِيدُ ٱلْمَرْأَةُ حَيْضاً وَحَبَلاً . . . .

(**ونبات العانة**) الخشن (**يقتضي الحكمَ ببلوغ ولد الكافر**) لحديث عطية القرظي قال : (كنت في بني قريظة فكانوا ينظرون ؛ من أَنبت الشعر . . قتل ، ومن لم يُنبت . . لم يقتل ، فكنت فيمن لم يُنبت فجعلوني في السبي) ، قال الترمذي : حسن صحيح ، وقال الحاكم : صحيح علىٰ شرط الشيخين[١] .

وخرج بـ(العانة) : شعر الإبط والشارب واللحية فلا يدل ، **وهو الأصحُّ في « الشرح الصغير »** في الإبط ، ويؤخذ منه الترجيح في الشارب واللحية من باب أولىٰ ؛ فإن البغوي ألحق الإبط بالعانة دون اللحية والشارب[٢] ، ولا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »[٣] .

وأشار بقوله : (يقتضي الحكم) إلىٰ أنه أمارة على البلوغ لا أنه بلوغ حقيقة ، **وهو الأظهر في « أصل الروضة »**[٤] .

ووقت إمكان نبات العانة : وقت الاحتلام ، ذكره الرافعي ، وأسقطه من « الروضة »[٥] .

(**لا المسلمِ في الأصحِّ**) لأنه ربما استعجل الإنبات بالمعالجة ؛ تشوقاً للولايات ، ودفعاً للحجر ، بخلاف الكافر ؛ لأنه يفضي به إلى القتل ، أو الحرية ، **والثاني** : نعم ؛ لأن المسلم قد يشكل علينا أمره فيحتاج إلى الأخذ به .

(**وتزيد المرأة حيضاً**) بالإجماع (**وحَبَلاً**) لأنه مسبوق بالإنزال ؛ لأن الولد يخلق من الماءين ، فإذا وضعت المرأة . . حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر ولحظة .

---

(١) سنن الترمذي (١٥٨٤) ، المستدرك (٢/ ١٢٣) ، وأخرجه أبو داوود (٤٤٠٤) ، والنسائي (٦/ ١٥٥) ، وابن ماجه (٢٥٤١) .

(٢) التهذيب (٤/ ١٣٤) .

(٣) الشرح الكبير (٥/ ٧٠ـ ٧١) ، روضة الطالبين (٤/ ١٧٩) .

(٤) روضة الطالبين (٤/ ١٧٨) .

(٥) الشرح الكبير (٥/ ٦٩) .

وَٱلرُّشْدُ : صَلاَحُ ٱلدِّينِ وَٱلْمَالِ ، فَلاَ يَفْعَلُ مُحَرَّماً يُبْطِلُ ٱلْعَدَالَةَ ، وَلاَ يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ ٱلْمَالَ بِٱحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي ٱلْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ صَرْفَهُ فِي ٱلصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ ٱلْخَيْرِ وَٱلْمَطَاعِمِ وَٱلْمَلاَبِسِ ٱلَّتِي لاَ تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ . وَيُخْتَبَرُ رُشْدُ ٱلصَّبِيِّ ....

وأشار بقوله : (وتزيد) إلىٰ أن ما تقدم عام في الذكور والإناث .

(**والرشد : صلاح الدِّين والمال**) كذا فسر به ابن عباس وغيره قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾[1] (**فلا يفعل مُحرَّماً يُبطل العدالة**) هـٰذا تفسير صلاح الدين ، والمبطل للعدالة : هو فعل الكبيرة ، أو الإصرار على الصغيرة .

واحترز بالمحرم : عما يمنع قبول الشهادة ؛ لإخلاله بالمروءة ؛ كالأكل في السوق .

(**ولا يُبذِّر بأن يضيع المال باحتمال غَبْنٍ فاحش في المعاملة**) لأن ذلك يدل علىٰ قلة العقل ، هـٰذا إذا لم يُرد المحاباةَ ، فإن أراد المحاباةَ والإحسان . . فلا ، فإن كان الغبن يسيراً . . لم يقدح ، وستعرف الفاحشَ وغيره في (الوكالة) .

(**أو رميِه في بحر**) لدلالته علىٰ قلة عقله ودينه ، (**أو إنفاقه في مُحرَّم**) ولو في صغيرة ؛ لما فيه من قلة الدين .

ولو قال : (أو ضياعه) بدل (إنفاقه) . . لكان أولىٰ ؛ إذ يقال فيما أخرج في الطاعة : أنفق ، وفي المكروه والمعصية : ضيع ، وغرم ، وخسر .

(**والأصحُّ : أن صرفه في الصدقة ، ووجوه الخير ، والمطاعم ، والملابس التي لا تليق بحاله . .** ليس بتبذير) **أما في الأولىٰ** . . فلأن له فيه غرضاً ، وهو الثواب ، **ووجه مقابله** : أنه يوقع في الاحتياج ، **وأما في الثانية** . . فلأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ ، **ووجه مقابله** : أن أهل العرف يَنفُون الرشد عنه .

وذكره وجوه الخير بعد الصدقة من ذكر العام بعد الخاص .

(**ويُختبر رشدُ الصبي**) في الدين والمال ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ أي :

---

(١) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٨٥٨٥) .

وَيَخْتَلِفُ بِٱلْمَرَاتِبِ ؛ فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ ٱلتَّاجِرِ : بِٱلْبَيْعِ وَٱلشِّرَاءِ وَٱلْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا . وَوَلَدُ ٱلزَّرَّاعِ : بِٱلزِّرَاعَةِ وَٱلنَّفَقَةِ عَلَى ٱلْقُوَّامِ بِهَا . وَٱلْمُحْتَرِفُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ . وَٱلْمَرْأَةُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِٱلْغَزْلِ وَٱلْقُطْنِ ، وَصَوْنِ ٱلْأَطْعِمَةِ عَنِ ٱلْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا . . . .

اختبروهم ، قال في « الكفاية » : ويظهر الاختبار في الدين بمشاهدة حاله في العبادات ، وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات ، ومخالطة أهل الخير ، فإن ظهر قيامُه بالواجبات ، واجتنابُه للمنهيات . . فرشيد ، وإلا . . فلا[1] .

(**ويختلف**) اختبار المال (**بالمراتب ؛ فيختبر ولد التاجر : بالبيع والشراء والمماكسة فيهما**) أي : النقصان عما طلبه البائع ، والزيادة علىٰ ما يبذله المشتري ، وعبارته كـ« الشرحين » ، و« الروضة » تقتضي صحَة البيع والشراء منه[2] ، **والأصح** : خلافه كما سيأتي .

(**وولد الزَّرَّاع : بالزراعة والنفقةِ على القُوَّام بها**)[3] أي : إعطائهم الأجرة .

(**والمحترف : بما يتعلق بحرفته**) أي : صنعته .

واختبار ولد الأمير ونحوه : أن يعطىٰ شيئاً من ماله لينفقه في مدة شهر في خبز ولحم وماء ونحوه ، كذا قاله في « الكفاية » ، ثم نقل عن الماوردي : أنه يدفع إليه نفقة يوم ، ثم نفقة أسبوع ، ثم نفقة شهر[4] .

(**والمرأة : بما يتعلق بالغزل والقطن**) في بيتها إن كانت مُخدَّرة ، وإن كانت بَرْزَة . . ففي بيع الغزل ، وشراء القطن .

(**وصونِ الأطعمة عن الهرة ونحوها**) لأن بذلك يتبين الضبط ، وحفظ المال ، وعدم الانخداع ، وذلك قوام الرشد .

وقوله : (ونحوها) أي : إما نحو الهرة ؛ كالفأرة ، والدجاجة ، أو نحو هـٰذه الأمور من مصالح البيت .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٤١) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٧٣) ، روضة الطالبين (٤/ ١٨١) .

(٣) في (ب) و(د) : (وولد الزارع) .

(٤) كفاية النبيه (١٠/ ٤١) .

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ ٱلِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَوَقْتُهُ : قَبْلَ ٱلْبُلُوغِ ، وَقِيلَ : بَعْدَهُ . فَعَلَى ٱلْأَوَّلِ : ٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ عَقْدُهُ ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي ٱلْمُمَاكَسَةِ ، فَإِذَا أَرَادَ ٱلْعَقْدَ . . عَقَدَ ٱلْوَلِيُّ . فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ . . دَامَ ٱلْحَجْرُ . وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً . . ٱنْفَكَّ بِنَفْسِ ٱلْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فَكُّ ٱلْقَاضِي ، فَلَوْ بَذَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ . . حُجِرَ عَلَيْهِ ، . . . .

ويختبر الخنثىٰ بما يختبر به الذكر والأنثىٰ جميعاً ؛ ليحصل العلمُ بالرشد ؛ لأنه إذا اختبر بما يختبر به أحد النوعين . . جاز أن يكون من الآخر ، قاله ابن المسلم .

(**ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر**) لأنه قد يصيب في المرة الواحدة اتفاقاً ، فلا بدَّ من زيادة تُفيد غلبةَ الظنِّ برشده ، **وقيل** : لا بدَّ من تكرره ثلاثاً .

(**ووقته**) يعني : الاختبار (**قبل البلوغ**) لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ واليتم إنما يقع علىٰ غير البالغ ، ولأنه لو كان بعده . . لأدىٰ إلى الحجر على البالغ الرشيد إلىٰ أن يختبر ، وهو باطل ، (**وقيل** : **بعده**) لأن تصرف الصبي غيرُ نافذ .

(**فعلى الأول** : **الأصحُّ** : **أنه لا يصحُّ عقده ، بل يُمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد . . عقد الوليُّ**) لما ذكرناه من بطلان تصرفه ، **والثاني** : يصحُّ ؛ للحاجة .

(**فلو بلغ غيرَ رشيد**) لاختلال صلاح الدين أو المال (. . **دام الحجر**) لمفهوم قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ **والإيناس** : العلم ، وحينئذ ؛ فيتصرف من كان يتصرف قبل البلوغ .

وقوله : (دام الحجر) أي : جنسُه ، وإلا . . فحجر الصبي ينقطع بالبلوغ ويَخلُفه غيرُه .

(**وإن بلغ رشيداً . . انفك بنفس البلوغ ، وأُعطي مالَه**) لأنه حجر ثبت بغير حاكم ، فلم يتوقف زوالُه علىٰ إزالة الحاكم ؛ كحجر الجنون .

(**وقيل** : **يشترط فكُّ القاضي**) لأن الرشد يحتاج إلىٰ نظر واجتهاد ، فأشبه حجرَ السفه الطارىء ، وقائله لا يُعيِّن القاضيَ ، بل هو أو الأب أو الجد ، وفي الوصي والقيم وجهان ، والخلاف جار أيضاً فيما إذا بلغ غيرَ رشيد ثم رشد .

(**فلو بذَّر بعد ذلك . . حجر عليه**) أي : أعيد الحجر عليه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا

وَقِيلَ : يَعُودُ ٱلْحَجْرُ بِلاَ إِعَادَةٍ ، وَلَوْ فَسَقَ . . لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ . . فَوَلِيُّهُ ٱلْقَاضِي ، وَقِيلَ : وَلِيُّهُ فِي ٱلصِّغَرِ . وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ . . فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي ٱلصِّغَرِ ، وَقِيلَ : ٱلْقَاضِي . وَلاَ يَصِحُّ مِنَ ٱلْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ بَيْعٌ وَلاَ شِرَاءٌ وَلاَ إِعْتَاقٌ وَهِبَةٌ . . . .

تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ **والمراد** : أموالهم ؛ لقوله تعالىٰ بعد ذلك : ﴿ وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ ﴾ والذي يعيده هو القاضي فقط **على الأصحِّ** ، (**وقيل : يعود الحجر بلا إعادة**) كالجنون .

(**ولو فسق . . لم يُحجر عليه في الأصحِّ**) لأن الأولين لم يَحجروا على الفسقة ، بخلاف الاستدامة ؛ فإن الحجر كان ثابتاً ، **والثاني** : نعم ؛ كما لو **عاد** التبذير .

وفرق الأول : بأن بالتبذير يتحقق تضييع المال ، بخلاف الفسق ؛ فإنه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وإن كان فاسقاً .

(**ومن حُجر عليه لسفه طرأ . . فوليه القاضي**) لأن ولاية الأب ونحوه قد زالت ، فينظر مَنْ له النظر العام ، (**وقيل : وليه في الصغر**) كمن بلغ سفيهاً .

ومحل الخلاف : ما إذا قلنا : يعود الحجر بنفسه ، وإلا . . لم ينظر إلا القاضي قطعاً .

(**ولو طرأ جنون . . فوليه وليه في الصغر ، وقيل : القاضي**) تعليلهما ما سلف قبله ، **والفرق على الأصحِّ** : أن السفه وزوالَه يُجتهد فيه ، فاحتاج إلىٰ نظر الحاكم ، بخلاف الجنون .

(**ولا يصحُّ من المحجور عليه لسفه بيعٌ ولا شراءٌ**) لمكان الحجر ، (**ولا إعتاق**) ولو بكتابة ؛ لما قلناه ، هـٰذا في حال الحياة ، أما بعد الموت ؛ كالتدبير ، والوصية . . **فالمذهب** : الصحة .

(**وهبة**) أي : أن يهب شيئاً ، أما قبوله للهبة . . ففيه وجهان ، **قضية كلام الرافعي** : تصحيح البطلان ، **لكن الأصحَّ في « زيادة الروضة »** : الصحة[1] .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٨٤) ، الشرح الكبير (٥/ ٧٨) .

وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، فَلَوِ ٱشْتَرَىٰ أَوِ ٱقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ ٱلْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ . . فَلاَ ضَمَانَ فِي ٱلْحَالِ ، وَلاَ بَعْدَ فَكِّ ٱلْحَجْرِ ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَ . وَيَصِحُّ بِإِذْنِ ٱلْوَلِيِّ نِكَاحُهُ ، لاَ ٱلتَّصَرُّفُ ٱلْمَالِيُّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(ونكاح) يقبله لنفسه ، أما لغيره . . **فالأصحُّ** : جواز توكيله في القبول دون الإيجاب ، (بغير إذن وليه) لأن النكاح مظنة إتلاف المال (**فلو اشترىٰ أو اقترض** ، **وقبض** ، **وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه . . فلا ضمان في الحال** ، **ولا بعد فكِّ الحجر** ، **سواء علم حالَه مَنْ عامله أو جهل**) لأن البائع سلطه علىٰ إتلافه بإقباضه إياه ، وكان من حقه أن يبحث عنه قبل معاملته .

هـٰذا إذا أقبضه البائع الرشيد ، فإن قبضه السفيه بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع ، وهو محجور عليه . . فإنه يضمنه بالقبض مطلقاً ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن الأصحاب[1] .

(**ويصحُّ بإذن الولي نكاحُه**) هـٰذه المسألة قد أعادها المصنف في (باب النكاح) بشروطها ، وسيأتي الكلام عليها هناك إن شاء الله تعالىٰ .

(**لا التصرف المالي في الأصحِّ**) كما لو أذن للصبي ، وهـٰذا ما نقله في « زيادة الروضة » عن الأكثرين ، **والثاني** : يصحُّ ؛ كالنكاح ، وقال الإمام : **إنه المذهب** ، والأول غير معدود منه ، وصححه في « الكفاية »[2] ، ولا تصريح في « الشرحين » بترجيح .

والفرق على الأول : أن المقصود بالحجر عليه حفظُ المال دون النكاح .

ومحل الوجهين : إذا عين له الولي قدرَ الثمن ، وإلا . . بطل جزماً ، وألحق في « المطلب » تعيين البيع بتقدير الثمن ، ويتقدر بثمن المثل .

وقضية كلام المصنف : طرد الخلاف في الهبة والعتق والكتابة ، ولا خلاف في بطلانها مع الإذن .

وأجيب : بأنه إذا وكل فيها . . يجري الخلاف ، وذاك كاف في تصحيح كلامه ؛

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٨٤) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٨٤) ، نهاية المطلب (١٢/ ٥٧) ، كفاية النبيه (١٠/ ٤٤) .

وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ ـ وَكَذَا بِإِتْلاَفِ ٱلْمَالِ فِي ٱلأَظْهَرِ ـ وَيَصِحُّ بِٱلْحَدِّ وَٱلْقِصَاصِ ، وَطَلاَقُهُ وَخُلْعُهُ وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ ٱلنَّسَبَ بِلِعَانٍ . . . .

لأنه لم يفرض الكلام في مال السفيه .

ورُدَّ : بأنه شرط في جريان الخلاف وجودَ الإذن من الولي ، والخلاف في مال غيره لا يتوقف عليه .

ويستثنىٰ من إطلاق منع تصرفه في المال صور : **منها** : ما لو وجب عليه قصاص . . فصالح بغير إذن وليه على الدية ، أو أكثر . . صحَّ ، وليس للولي منعه ، **ومنها** : ما لو وجب له قصاص . . فإن له العفو علىٰ مال ، وكذا مجاناً **على المذهب** ؛ كما ذكره في « الكتاب » قبيل (كتاب الديات)[1] ، **ومنها** : ما لو ثبت له دين فقبضه بإذن وليه . . **فإن الأرجح عند الحناطي** : الاعتداد به ، كذا حكياه في أوائل الباب الثاني : من أبواب (الخلع) ، وأقرّاه[2] .

(**ولا يصحُّ إقراره بدين**) أي : بدين معاملةٍ أُسند وجوبُه إلىٰ ما (**قبل الحجر أو**) إلىٰ ما (**بعده**) كالصبي ، (**وكذا بإتلاف المال في الأظهر**) كدين المعاملة ، **والثاني** : أنه يقبل ؛ لأنه إذا باشر الإتلاف . . يضمن ، فإذا أقر به . . يقبل .

وأفهم تعبيره بعدم الصحة : أنه لا يطالب به بعد فكِّ الحجر ، **ومحله** : في الظاهر ، أما فيما بينه وبين الله تعالىٰ . . فيجب عليه بعد فكِّ الحجر أداؤه إذا كان صادقاً قطعاً ؛ كما قاله في « المطلب » في أوائل (الإقرار) .

(**ويصحُّ بالحدِّ والقصاص**) لأنه لا تعلق لهما بالمال ، ولبعد التُّهَمة ، ولو عفا مستحق القصاص علىٰ مال . . ثبت **على الصحيح** .

(و)يصحُّ (**طلاقُه ، وخلعه ، وظهاره**) وإيلاؤه ، (**ونفيُه النسب بلعان**) لأن هـٰذه الأمور ما عدا الخلع لا تعلق لها بالمال ، والحجر إنما كان لأجله ، وأما الخلع . . فلأنه إذا صحَّ طلاقه مجاناً . . فبعوض أولىٰ ، إلا أنه لا يسلم إليه المال ،

---

(١) منهاج الطالبين (ص٤٨١) .

(٢) الشرح الكبير (٨/ ٤١١) ، روضة الطالبين (٧/ ٣٨٤) .

وَحُكْمُهُ فِي ٱلْعِبَادَةِ كَٱلرَّشِيدِ ، لَـٰكِنْ لاَ يُفَرِّقُ ٱلزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجٍّ فَرْضٍ . . أَعْطَى ٱلْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ . وَإِنْ أَحْرَمَ بِتَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَىٰ نَفَقَتِهِ ٱلْمَعْهُودَةِ . . فَلِلْوَلِيِّ مَنْعُهُ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ . **قُلْتُ** : وَيَتَحَلَّلُ بِٱلصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا : لِدَمِ ٱلإِحْصَارِ بَدَلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ . . . .

وهو خاصٌّ بالرجل ، وقد صرح به المصنف في بابه[١] .

(**وحكمُه في العبادة كالرشيد**) لاجتماع الشرائط فيه .

نعم ؛ تستثنى العبادة المالية غير الواجبة ؛ كصدقة التطوع ، فليس هو فيها كالرشيد .

(**لكن لا يُفرِّق الزكاةَ بنفسه**) لأنه تصرف مالي .

وقوله : (بنفسه) قد يقتضي : أنه إذا أذن له الولي . . جاز ، وهو ظاهر ؛ لأنه قد صرح القاضي والبغوي في « فتاويه » والروياني ، وغيرهم في (كتاب الزكاة) بجواز توكيل الأجنبي له فيها ، فإذا جاز ذلك في مال الأجنبي . . ففي مال نفسه أولىٰ .

(**وإذا أحرم بحجٍّ فرض**) أو بعمرته ، أو أخرهما إلى الميقات (. . **أعطى الوليُّ كفايته لثقةٍ يُنفق عليه في طريقه**) ولو بأجرة ؛ خوفاً من تفريطه فيه .

ويَرِد علىٰ مفهومه : ما لو أحرم بتطوع ، ثم حجر عليه قبل إتمامه . . فإن حكمه كحكم الفرض ؛ كما ذكره الرافعي في أوائل (الحج)[٢] .

وقوله : (لثقة) **صوابه** : حذف اللام ؛ لأن (أعطىٰ) يتعدىٰ لاثنين بنفسه .

(**وإن أحرم بتطوع وزادت مؤنةُ سفره علىٰ نفقته المعهودة . . فللولي منعه**) صيانة لماله .

(**والمذهب** : **أنه كمحصر فيتحلل**) لأنه ممنوع ، **وقيل** : وجهان ، **أحدهما** : هـٰذا ، **والثاني** : لا يتحلل إلا بلقاء البيت ؛ كمن فقد الزاد والراحلة ؛ لاشتراكهما في امتناع الذهاب للعجز .

(**قلت** : **ويتحلل بالصوم إن قلنا : لدم الإحصار بدلٌ**) كما هو الأصح (**لأنه ممنوع**

---

(١) منهاج الطالبين (ص٤٠٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣/٢٩٣) .

مِنَ ٱلْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبُ قَدْرَ زِيَادَةِ ٱلْمُؤْنَةِ . . لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ

[فيمن يلي الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله]

وَلِيُّ ٱلصَّبِيِّ : أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ ، ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ، ثُمَّ ٱلْقَاضِي . وَلاَ تَلِي ٱلأُمُّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

من المال) فإن قلنا : لا بدل له بل يبقىٰ في ذمة المحصر . . قال في « المطلب » : فيظهر أن يبقىٰ في ذمة السفيه أيضاً .

(ولو كان له في طريقه كسب قَدْرَ زيادة المؤنة . . لم يجز منعه ، والله أعلم) لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن ، قال في « المطلب » : **وفيه نظر** إذا كان عمله مقصوداً بالأجرة بحيث لا يجوز له التبرع به ، قال الأَذْرَعي : **وفي النظر نظر** ؛ لأنه وإن كان كذلك . . لا يعدُّ مالاً حاصلاً ، ولا يلزمه تحصيله مع غناه ، بخلاف المال الموجود في يد الولي ، قال الشيخ شرف الدين الغزي : **وما ذكراه عجيب** ؛ فإن المسألة مفروضة فيما إذا كان الكسب في طريقه فقط ؛ كما هو ظاهر عبارتهم .

* * *

(**فصل : ولي الصبي : أبوه**) بالإجماع ، ولو عبر بالصغير . . لكان أولىٰ ، (**ثم جده**) أبو أبيه ، وإن علا ؛ كولاية النكاح ، **ويشترط فيهما** : ظهور العدالة ، وفي ثبوتها وجهان ، قال في « زيادة الروضة » : (وينبغي الاكتفاء بالعدالة الظاهرة) . انتهىٰ[1] ، وفي « المذاكرة » ، و« المعين » : أنه لا بدَّ من ثبوتها عند الحاكم ، (**ثم وصيهما**) أي : وصي من تأخر موته منهما ؛ لأنه يقوم مقامه ، (**ثم القاضي**) لأنه ولي من لا ولي له .

(**ولا تلي الأمُّ في الأصحِّ**) كولاية النكاح ، **والثاني** : أنها تلي بعد الأب والجد ، وتقدم علىٰ وصيهما ؛ لكمال شفقتها .

وحكم المجنون ومن بلغ سفيهاً : حكمُ الصبي في ترتيب الأولياء .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٨٧) .

وَيَتَصَرَّفُ ٱلْوَلِيُّ بِٱلْمَصْلَحَةِ ، وَيَبْنِي دُورَهُ بِٱلطِّينِ وَٱلآجُرِّ لاَ ٱللَّبِنِ وَٱلْجِصِّ ، . . . .

(ويتصرف الولي بالمصلحة) لقوله تعالىٰ : ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ .

وقضية كلامه كباقي كتبهما : أن التصرف الذي لا خير فيه ولا شرَّ ممنوعٌ منه ، وبه صرح الجويني ، والماوردي[1] .

(ويبني دُورَه بالطين والآجرِّ) لأن الآجرَّ ـ وهو الطُّوبُ المشوي ـ يبقىٰ ، والطين قليل المؤنة ، وينتفع به بعد النقض .

(لا اللَّبِنِ والجِصِّ) وهو الجبس ؛ لأن اللَّبِن قليل البقاء ، وينكسر عند النقض ، والجصّ كثير المؤنة ، ولا تبقىٰ منفعتُه عند النقض ، بل يلصق بالطوب فيفسده .

وقوله : (والجصّ) كذا عبرا به في « المحرر » و« الشرح الصغير » و« الروضة » .

وفي « الكبير » : (أو الجصّ) بـ(أو) لا بـ(الواو)[2] .

وهو أحسن ؛ فإنه يدلُّ على الامتناع في اللبن ، سواء أكان مع الطين أم الجصِّ ، وعلى الامتناع في الجصِّ سواء أكان مع اللبن أم الآجرِّ ، وهو كذلك ، والتعبير بالواو لا يفيد إلا منع الاجتماع .

ولو اقتصر علىٰ قوله : (بالطين والآجر) . . لفهم المنع فيما عداهما .

واشترط ابن الصباغ في بناء العقار ألا يجد الولي عقاراً يُباع ، وأن يساوي بعد بنائه قدرَ ما انصرف عليه ، وجرىٰ عليه في « البيان »[3] ، وهو في غاية الندور ، فهو في التحقيق منع للبناء .

وقال بعض فقهاء اليمن : إنما يبنيه إذا لم يكن الشراء أحظَّ ، قال ابن الملقن : (وهو فقه ظاهر)[4] .

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٩ـ٤٦٠) ، الحاوي الكبير (٦/ ٤٤٥ـ٤٤٦) .

(٢) المحرر (ص١٨١) ، روضة الطالبين (٤/ ١٨٧) ، الشرح الكبير (٥/ ٨٠) .

(٣) البيان (٦/ ٢١٠) .

(٤) عجالة المحتاج (٢/ ٧٩٦) .

وَلاَ يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلاَّ لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ، وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةً لِلْمَصْلَحَةِ ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً . . أَشْهَدَ وَٱرْتَهَنَ بِهِ ، . . . .

(**ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو غِبطة ظاهرة**) لأن العقار أنفع وأسلم مما عداه ، فمن الحاجة : أن يخاف عليه الخراب ، أو يحتاج إلىٰ عمارته ، أو إلى النفقة ولم يجد من يقرضه ، أو لم ير المصلحةَ في الاقتراض .

قال في « البحر » : ومنها : ما لو كان اليتيم في بلد وعقاره في أخرىٰ ، ويحتاج إلىٰ مؤنة في توجيه من يجمع الغلة . . فيبيعه ويشتري في بلد اليتيم ، أو يبني فيه مثله[1] .

والغبطة : أن يكون ثقيل الخراج ، أو يرغب فيه راغبٌ بزيادة علىٰ مثله ، وهو يجد مثلَه ببعضه .

وسئل القفال عن ضيعة خراب لليتيم تستأصل مالَه في خراجها ، فقال : يجوز لوليه بيعها بثمن تافه ولو بدرهم ؛ لأنه المصلحة .

قال البَنْدَنيجي : وحكم الأواني المعدة للقنية حكم العقار .

وقال الشيخ نجم الدين البالسي في « شرح التنبيه » : ينبغي أن يجوز بيع مال التجارة من غير تقييد بشيء من ذلك ، بل لو رأى البيع بأقلَّ من رأس المال ليشتري بالثمن ما هو مظنة الربح . . جاز .

وتقييده الغبطة بكونها ظاهرة من زيادات « المنهاج » علىٰ بقية كتبهما .

قال الإمام : وضابط تلك الزيادة ألا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلىٰ شرف العقار[2] .

(**وله بيع ماله بعرض ونسيئةً للمصلحة**) بأن يكون في العرض ربح ، وفي الثاني زيادة ، أو خوف عليه من نهب أو إغارة .

(**وإذا باع نسيئةً . . أشهد**) على البيع (**وارتهن به**) أي : بالثمن رهناً وافياً به ؛ احتياطاً للمحجور عليه .

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٧٦) .
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٦٣) .

وَيَأْخُذُ لَهُ بِٱلشُّفْعَةِ أَوْ يَتْرُكُ بِحَسَبِ ٱلْمَصْلَحَةِ ، وَيُزَكِّي مَالَهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِٱلْمَعْرُوفِ . فَإِنِ ٱدَّعَىٰ بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى ٱلأَبِ وَٱلْجَدِّ بَيْعاً بِلاَ مَصْلَحَةٍ . . صُدِّقَا بِٱلْيَمِينِ . وَإِنِ ٱدَّعَاهُ عَلَى ٱلْوَصِيِّ وَٱلأَمِينِ . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ .

ويستثنىٰ من الاحتياج إلى الرهن بيع الأب والجد مالَ ولده من نفسه نسيئةً ؛ فإنه لا يحتاج إلى الرهن ؛ لأنه أمين في حقِّ ولده ، كذا قالاه تبعاً للبغوي[1] .

وللمسألة شروط أخر ، ذكرها في « زيادة الروضة » في (كتاب الرهن) وهي : أن يكون المشتري ثقة موسراً ، والأجل قصيراً بالنسبة إلىٰ عرف الناس .

وقيل : لا يزيد علىٰ سنة ، فإن فُقد شرطٌ من هٰذه . . بطل البيع[2] .

قال في « الكفاية » : (وفي اعتبار اليسار مع أخذ رهن يساوي الدين نظر)[3] .

(**ويأخذ له بالشفعة ، أو يترك بحسب المصلحة**) لأنه مأمور بفعلها .

فلو استوى الأمران . . فهل يحرم الأخذ ، أو يجب ، أو يتخير ؟ فيه ثلاثة أوجه في « البحر » .

قال الإسنوي : والأول : هو مقتضىٰ كلام الرافعي في آخر الشفعة ، والآية تشهد له[4] .

ولو قال المحجور عليه : (كان الأحظ في الأخذ) ، ونازعه الولي . . فعلىٰ ما سيأتي في بيع العقار ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن « المهذب » وغيره[5] .

(**ويزكي ماله ، ويُنفق عليه بالمعروف**) لأنه قائم مقامه .

(**فإن ادعىٰ بعد بلوغه على الأب والجدِّ بيعاً بلا مصلحة . . صُدِّقا باليمين ، وإن ادعاه على الوصي والأمين . . صُدِّق هو بيمينه**) لأن الأب والجد لا يُتَّهمان ؛ لوفور

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٨١) ، روضة الطالبين (٤/ ١٨٨) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٦٣ـ ٦٤) .
(٣) كفاية النبيه (١٠/ ١٥) .
(٤) وقع في « العجالة » [٢/ ٧٩٧] : (فإن استوى الأمران . . فهل يجب الأخذ أم يجوز ، أم يمتنع ؟ فيه أوجه ، والنصُّ يفهم الأول) ، وهو وهم ، وأنه يفهم الآخر كما ذكرناه . اهـ هامش (أ) .
(٥) روضة الطالبين (٤/ ١٨٩) .

. . . .

شفقتهما ، بخلاف غيرهما ، ودعواه على المشتري كهي على الولي .

ولو ادعىٰ على القاضي . . فالقول قوله إن كان في زمن حكمه ، قاله السبكي في « شرح المنهاج » .

وتوقف فيما إذا كان معزولاً ، ثم اختار بعد ذلك قبول قوله ؛ لأنه حين تصرفه كان نائب الشرع ، حكاه عنه ولدُه في « التوشيح » .

* * *

بابُ الصُّلْح

هُوَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ ٱلْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا : صُلْحٌ عَلَىٰ إِقْرَارٍ ، فَإِنْ جَرَىٰ عَلَىٰ عَيْنٍ غَيْرِ ٱلْمُدَّعَاةِ . . فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ كَٱلشُّفْعَةِ ، وَٱلرَّدِّ بِٱلْعَيْبِ ، وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَٱشْتِرَاطِ ٱلتَّقَابُضِ إِنِ ٱتَّفَقَا فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا . أَوْ عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ . . فَإِجَارَةٌ تَثْبُتُ أَحْكَامُهَا . . . .

(باب الصلح)

هو لغة : قطع المنازعة ، **وشرعاً** : العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱلصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ ٱلْمُسْلِمِينَ ، إِلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً » رواه أبو داوود ، وصححه ابن حبان[1] .

والصلح الذي يُحلُّ الحرام : أن يصلح علىٰ خمر ونحوه ، أو من دراهم علىٰ أكثر منها ، والذي يُحرِّم الحلال : أن يصالح زوجته علىٰ ألا يطلقها ، ونحو ذلك .

(**هو قسمان : أحدهما : يجري بين المتداعيين ، وهو نوعان : أحدهما : صلح علىٰ إقرار ، فإن جرىٰ علىٰ عينٍ غيرِ المُدَّعاة . . فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه ؛ كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع تصرفه قبل قبضه ، واشتراط التقابض إن اتفقا في علة الربا**) وغير ذلك من أحكامه ؛ لأن حدَّ البيع صادق عليه .

وقوله : (**علىٰ عين**) يفهم أنه لو صالح عن عين بدين موصوف . . لا يكون بيعاً ، وهو كذلك ، بل يكون سلماً ؛ كما نقله الإسنوي عن ابن جرير ، واعترض به علىٰ ما اقتضاه كلام « الروضة » من كونه بيعاً[2] .

(**أو علىٰ منفعة**) أي : صالح من العين المدعاة علىٰ منفعة دار أو خدمة عبد مدة معلومة (. . **فإجارة تثبت أحكامُها**) لأن حدَّ الإجارة صادق علىٰ ذلك .

---

(١) سنن أبي داوود (٣٥٩٤) ، صحيح ابن حبان (٥٠٩١) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرجه الترمذي (١٣٥٢) ، وابن ماجه (٢٣٥٣) عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه .

(٢) المهمات (٥/٤٤٨) .

أَوْ عَلَىٰ بَعْضِ ٱلْعَيْنِ ٱلْمُدَّعَاةِ . . فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ ٱلْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا . وَلاَ يَصِحُّ بِلَفْظِ ٱلْبَيْعِ ، وَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ . وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ : (صَالِحْنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا) . . فَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُهُ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَىٰ عَيْنٍ . . صَحَّ . . . .

(أو علىٰ بعض العين المُدَّعاة . . فهبة لبعضها لِصَاحِب اليد فتثبت أحكامُها) المقررة في بابها من اشتراط القبول وغيره ؛ لصدق الحدِّ ، وهـٰذا يُسمَّىٰ صلح الحطيطة .

واحترز بـ(المدعاة) عما إذا صالح علىٰ بعض عين أخرىٰ . . فإنه بيع إن ادعىٰ عيناً أو ديناً ، وإجارة إن ادعىٰ منفعة .

وقوله : (فهبة) أي : إذا عقد بلفظ الهبة أو التمليك وشبههما ، فإن عقد بلفظ البيع أو الصلح . . فسيأتي .

(ولا يصحُّ بلفظ البيع) لأن العين كلَّها ملك المقر له ، فإذا باعها ببعضها . . فقد باع ملكه بملكه ، أو باع الشيء ببعضه ، وهو مُحال .

(والأصحُّ : صحته بلفظ الصلح) ؛ لأن الخاصية التي يفتقر لها لفظ الصلح هي سبق الخصومة ، وقد حصلت ويكون هبة ؛ تنزيلاً لهـٰذا اللفظ في كلِّ موضع علىٰ ما يليق به ؛ كلفظ التمليك ، والثاني : لا يصحُّ ؛ لأن الصلح يتضمن المعاوضة ، ومُحالٌ أن يقابل الإنسان ملكه ببعضه .

(ولو قال من غير سبق خصومة : « صالحني عن دارك بكذا » ، فالأصحُّ : بطلانه) لأن لفظ الصلح يستدعي سبقَ الخصومة ، والثاني : يصحُّ ؛ نظراً إلى المعنىٰ ، قالا : وكأن الخلاف عند عدم النية ، فأما إذا استعملاه ونويا البيع . . فإنه يكون كناية بلا شك[1] ، ورده في « المطلب » ، وقطع بعدم التخريج ؛ لكون اللفظ منافياً للمعنىٰ ، فأشبه ما إذا قال : (وهبتك بعشرة) ، ونويا البيع . . فإنه لا يصحُّ إذا نظرنا إلى اللفظ .

(ولو صالح من دين) يجوز الاعتياض عنه (علىٰ عين . . صحَّ) كما يجوز بيع الدين بالعين .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٨٧) ، روضة الطالبين (٤/ ١٩٤) .

فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا . . ٱشْتُرِطَ قَبْضُ ٱلْعِوَضِ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ كَانَ ٱلْعِوَضُ عَيْناً . . لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي ٱلْمَجْلِسِ فِي ٱلأَصَحِّ ، أَوْ دَيْناً . . ٱشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَفِي قَبْضِهِ ٱلْوَجْهَانِ . وَإِنْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَىٰ بَعْضِهِ . . فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ . وَيَصِحُّ بِلَفْظِ ٱلإِبْرَاءِ وَٱلْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا ، وَبِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وقوله : (علىٰ عين) كذا هو في نسخة المصنف تبعاً لـ« المحرر »[1] ، وصوابه كما في « الشرح » و« الروضة » : (علىٰ غيره) بالغين المعجمة ، وبالهاء في آخره ؛ فإنه قسمه بعد هـٰذا إلىٰ عين ودين[2] .

(**فإن توافقا**) أي : الدين المصالح عنه ، والعوض المصالح عليه (**في علة الربا**) كذهب عن فضة (. . **اشتُرِط قبض العوض في المجلس**) فمتىٰ تفرقا قبل قبضه . . بطل الصلح .

(**وإلا**) أي : وإن لم يتفقا في علة الربا ؛ كالذهب بالحنطة (**فإن كان العوض عيناً . . لم يُشترط قبضُه في المجلس في الأصحِّ ، أو ديناً**) كصالحتك عن دراهمي عليك بكذا حنطة (. . **اشتُرِط تعيينه في المجلس ، وفي قبضه الوجهان**) لما مرَّ في الكلام على الاستبدال عن الثمن .

(**وإن صالح من دين علىٰ بعضه . . فهو إبراء عن باقيه**) لأنه معناه ، وقد علم من كلامه أن الصلح ينقسم إلىٰ معاوضة وحطيطة ؛ كالعين .

(**ويصحُّ بلفظ الإبراء والحطِّ ونحوهما**) كالإسقاط ، والوضع ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لكعب بن مالك لما طلب ماله من ابن أبي حَدْرَد : « ضَعِ ٱلشَّطْرَ » متفق عليه من حديثه[3] .

(**وبلفظ الصلح في الأصحِّ**) بأن يقول : (صالحتك عن الألف التي لي عليك علىٰ خمس مئة) ، وتوجيه الخلاف مرَّ في صلح الحطيطة عن العين ، ولا يصحُّ هـٰذا الصنف بلفظ البيع كنظيره من العين .

---

(١) المحرر (ص ١٨٢) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٨٥) ، روضة الطالبين (٤/ ١٩٣) .

(٣) صحيح البخاري (٤٥٧) ، صحيح مسلم (١٥٥٨) .

وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَىٰ مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكَسَ . . لَغَا ، فَإِنْ عَجَّلَ ٱلْمُؤَجَّلَ . . صَحَّ ٱلْأَدَاءُ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَىٰ خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ . . بَرِىءَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ ، وَلَوْ عَكَسَ . . لَغَا . ٱلنَّوْعُ ٱلثَّانِي : ٱلصُّلْحُ عَلَى ٱلإِنْكَارِ ، فَيَبْطُلُ إِنْ جَرَىٰ عَلَىٰ نَفْسِ ٱلْمُدَّعَىٰ ، . . . .

(ولو صالح من حالٍّ علىٰ مؤجلٍ مثله) أي : جنساً وقدراً وصفة (أو عكس) أي : صالح من مؤجل علىٰ حالٍّ مثله (. . لغا) لأن الأول وعد من رب المال بإلحاق الأجل ، والثاني وعد من المديون بإسقاطه ، فلا أثر له .

(فإن عجَّل المؤجل . . صحَّ الأداء) لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما ، هـٰذا إذا لم يظنَّ صحةَ الصلح ، ووجوب التعجيل ؛ فإن ظنه . . ففيه اضطراب في الترجيح ، نبه عليه في « المهمات » في أوائل الباب الثالث من أبواب (البيع)[1] .

(ولو صالح من عشرةٍ حالّة علىٰ خمسة مؤجلة . . بريء من خمسة ، وبقيت خمسة حالّة) لأنه سامح بحطِّ البعض وبتأجيل الباقي ، والحطُّ صحيح ، بخلاف التأجيل .

(ولو عكس) أي : صالح من عشرة مؤجلة علىٰ خمسة حالّة (. . لغا) لأن صفة الحلول لا يصحُّ إلحاقها والخمسة الأخرىٰ إنما تركها في مقابلة ذلك ، فإذا لم يحصل الحلول . . لا يصحُّ الترك .

(النوع الثاني : الصلح على الإنكار ، فيبطل إن جرىٰ علىٰ نفس المدَّعىٰ)

اعلم : أن صورة الصلح على الإنكار : أن يدعي عليه داراً مثلاً فينكر ، ثم يتصالحا علىٰ ثوب ، أو دين مع بقاء الإنكار ، ووجه بطلانه : أنه إن كان المدعي كاذباً . . فقد استحلَّ من المدعىٰ عليه مالَه ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً . . فقد حرم عليه مالَه ، فدخل في قوله عليه الصلاة والسلام : « إلاَّ صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً »[2] .

وسكوت المدعىٰ عليه كإنكاره ؛ كما حكاه في « المطلب » عن سُليم وغيره .

وقوله : (نفس المدَّعىٰ) لا يستقيم فإن (علىٰ) و(الباء) يدخلان على المأخوذ ، و(من) و(عن) على المتروك ، والمصالح عليه هنا المأخوذ لا المتروك ،

---

(١) المهمات (٥/١٢١) .
(٢) سبق تخريجه (ص ١٩٧) .

وكَذَا إِنْ جَرَىٰ عَلَىٰ بَعْضِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : (صَالِحْنِي عَنِ ٱلدَّارِ ٱلَّتِي تَدَّعِيهَا) لَيْسَ إِقْرَاراً فِي ٱلأَصَحِّ . ٱلْقِسْمُ ٱلثَّانِي : يَجْرِي بَيْنَ ٱلْمُدَّعِي وَأَجْنَبِيٍّ : فَإِنْ قَالَ : (وَكَّلَنِي ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ فِي ٱلصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَكَ) . . صَحَّ ، . . . .

وصوابه : علىٰ غير المدَّعىٰ بالغين المعجمة ، وكذا هو في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة »[1] .

وكأن (الراء) تصحفت على المصنف بـ(النون) فعبر عنه بالنفس[2] .

(**وكذا إن جرىٰ علىٰ بعضه في الأصحِّ**) قياساً علىٰ غيره ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لاتفاقهما علىٰ أن البعض مستحق للمدعي ، ولكنهما مختلفان في جهة الاستحقاق ؛ لأن المدعي يزعم استحقاق الكلِّ ، وأنه وهب البعض للمدعىٰ عليه ، والمدعىٰ عليه يزعم العكس ، واختلافهما في الجهة لا يمنع الأخذ .

(**وقوله** : « **صالحني عن الدار التي تدعيها** » **ليس إقراراً في الأصحِّ**) لأنه قد يريد قطع الخصومة لا غير ، **والثاني** : نعم ؛ كما لو قال : (ملكنيها) .

فعلى الأول : يكون الصلح بعد هـٰذا الالتماس صلحَ إنكار ، ولو قال : (بعْينها) . . فإقرار في الأصحِّ .

(**القسم الثاني** : **يجري بين المدعي وأجنبي** : **فإن قال** : « **وكَّلَني المدَّعىٰ عليه في الصلح ، وهو مقر لك** » . . **صحَّ**) لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات ؛ كما قاله الرافعي[3] ، ثم إن كان صادقاً في الوكالة . . صار المدَّعىٰ ملكاً للمدعىٰ عليه ، وإلا . . فهو شِراء فضولي ، وقد سبق حكمه في البيع .

وقوله : (وهو مقر) يشمل ما إذا وقع الإقرار في الظاهر ، وما إذا أقر عند الأجنبي الذي وكَّله فقط ، ولم يظهره ؛ خوفاً من أخذ المالك له ، وقد صرح بالقسمين في « المحرر »[4] .

---

(١) المحرر (ص ١٨٣) ، الشرح الكبير (٥/ ٩٠) ، روضة الطالبين (٤/ ١٩٨) .
(٢) أي : في لفظة (غير) ، فأتىٰ بمرادف لفظة (العين) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ٩٣) .
(٤) المحرر (ص ١٨٣) .

وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَٱلْحَالَةُ هَـٰذِهِ . . صَحَّ وَكَأَنَّهُ ٱشْتَرَاهُ . . . .

وأورد علىٰ إطلاقه اعتبارَ الإقرار : ما لو قال الأجنبي : (وكلني في المصالحة لقطع الخصومة ، وأنا أعلم أنه لك) . . فإنه يصحُّ الصلح **في الأصحِّ عند الماوردي** ، وجزم به في « التنبيه » ، وأقره في « التصحيح »[1] ، وما لو قال : (هو منكر ولكنه مبطل في إنكاره ، فصالحني له علىٰ عبدي هـٰذا لتنقطع الخصومة) ، وكان المدعىٰ ديناً . . فإن **المذهب** : صحة الصلح ، بخلاف ما إذا كان المدعىٰ عيناً .

والفرق : أنه لا يمكن تمليك الغير عينَ مال بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه .

وأورد على اعتبار التوكيل : ما لو قال : (هو منكر ولكنه مبطل في الإنكار ، فصالحني عن الألف الذي لك عليه علىٰ عبدي هـٰذا) . . فإنه يصحُّ وإن كان بغير إذنه ؛ كما ذكره في « زيادة الروضة » ؛ لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز[2] .

(**ولو صالح لنفسه والحالةُ** هـٰذه) أي : والحالة : أن الأجنبي قائل بأنه مقر لك (. . **صحَّ** ، **وكأنه اشتراه**) لأن الصلح وقع بعد دعوىٰ وجواب لها ، وقال الجويني : يأتي فيه الخلافُ فيما إذا قال من غير سبق خصومة : (صالحني) لأن الأجنبي لم يخاصم[3] .

وصورة المسألة : أن يكون المدعىٰ به عيناً ، فإن كان ديناً . . ففيه الخلاف في بيع الدين لغير من عليه .

وقوله : (وكأنه اشتراه) كذا في « المحرر » ، وفي « الشرحين » ، و« الروضة » : (كما لو اشتراه)[4] ، ولا معنىٰ للتشبيه ؛ فإنه شراء حقيقة[5] .

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٤٤) ، التنبيه (ص ٧٣) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٠٠) .
(٣) نهاية المطلب (٦/ ٤٥٤) .
(٤) المحرر (ص ١٨٣) ، الشرح الكبير (٥/ ٩٣) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٠٠) .
(٥) قال المنكت : وعبارة الكتاب أحسن ؛ فإنه شراء حقيقة ، فلا معنىٰ للتشبيه ، وعكسه ابن الملقن فقال : إن عبارة « الشرحين » ، و« الروضة » هي الصواب ، لأنه شراء حقيقة فلا معنىٰ للتشبيه . انتهىٰ ، ويمكن أن يقال : في كلا العبارتين التشبيه فليست إحداهما أصوب من الأخرىٰ . اهـ هامش (أ) .

وَإِنْ كَانَ مُنْكِراً وَقَالَ ٱلأَجْنَبِيُّ : (هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ) . . فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى ٱنْتِزَاعِهِ وَعَدَمِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : (هُوَ مُبْطِلٌ) . . لَغَا ٱلصُّلْحُ .

فَصْلٌ

[في التزاحم على الحقوق المشتركة]

ٱلطَّرِيقُ ٱلنَّافِذُ لاَ يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ ٱلْمَارَّةَ ، وَلاَ يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلاَ سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ ، بَلْ يُشْتَرَطُ ٱرْتِفَاعُهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ مُنْتَصِباً . . . .

(**وإن كان منكراً وقال الأجنبي : « هو مبطل في إنكاره » . . فهو شراء مغصوب ، فيُفرَّق بين قدرته على انتزاعه وعدمها**) أي : عدم القدرة ؛ لما سبق في البيع ، وصورة المسألة في العين كما مرَّ .

(**وإن لم يقل : « هو مبطل » . . لغا الصلح**) لأنه اشترىٰ منه ما لم يثبت ملكه له .

* * *

(**فصل : الطريق النافذ لا يُتصرف فيه بما يضرُّ المارة**) لأن الحق فيه ليس للمتصرف خاصة بل للمسلمين كافة .

(**ولا يُشرع فيه جناحٌ ، ولا ساباطٌ يضرُّهم**) لما تقدم ، قال في « زيادة الروضة » : فإن فعله . . هدم[1] ، **والجناح** : هو الخارج من الخشب ، **والساباط** : سقيفة بين حائطين تحتها طريق .

(**بل يشترط ارتفاعُه بحيث يمر تحته**) الماشي (**منتصباً**) واعتبر الماوردي مع هـٰذا أن يكون علىٰ رأسه الحمولة العالية[2] ، وقال في « المطلب » : **إنه الأشبه** .

ويشترط أيضاً : ألا يؤثر في إظلام الموضع على **الأصح** .

ومحل الجواز : للمسلم ، أما الكافر : فليس له الإشراع إلىٰ شوارع المسلمين على **الصحيح في زوائد « الروضة »** ؛ لأنه كإعلاء البناء على المسلم وأبلغ[3] .

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٠٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٤٧) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٢٠٦) .

وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ ٱلْفُرْسَانِ وَٱلْقَوَافِلِ . . فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ ٱلْمَحْمِلُ عَلَى ٱلْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ ٱلْمِظَلَّةِ . وَيَحْرُمُ ٱلصُّلْحُ عَلَىٰ إِشْرَاعِ ٱلْجَنَاحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي ٱلطَّرِيقِ دَكَّةً ، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَضُرَّ . . جَازَ . وَغَيْرُ ٱلنَّافِذِ يَحْرُمُ ٱلإِشْرَاعُ إِلَيْهِ لِغَيْرِ أَهْلِهِ ، وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي ٱلأَصَحِّ إِلاَّ بِرِضَا ٱلْبَاقِينَ ، وَأَهْلُهُ : مَنْ نَفَذَ بَابُ دَارِهِ إِلَيْهِ ، لاَ مَنْ لاَصَقَهُ جِدَارُهُ ، وَهَلِ ٱلِاسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ ، أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ ٱلدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجْهَانِ ، أَصَحُّهُمَا : ٱلثَّانِي . . . .

(**وإن كان ممرَّ الفرسان والقوافل . . فليرفعه بحيث يمرُّ تحته المَحمِل على البعير مع أخشاب المظلَّة**) لأنه قد يتفق ذلك وإن كان نادراً .

(**ويحرم الصلح علىٰ إشراع الجناح**) لأن الهواء تابعٌ لا يُفرَد بالعقد ؛ كالحمل مع الأم .

(**وأن يبني في الطريق دَكَّة ، أو يَغرِس شجرة**) لمنع الطروق في ذلك المحلِّ ، (**وقيل : إن لم يضرَّ . . جاز**) كإشراع الجناح ، **والدكة** بفتح الدال : المسطبة .

(**وغير النافذ يحرم الإشراع**) أي : إشراع الجناح (**إليه لغير أهله**) جبراً وإن لم يضرهم ؛ لأنه ملكهم فأشبه الإشراع إلى الدور .

(**وكذا لبعض أهله في الأصحِّ**) كسائر الأملاك المشتركة ، **والثاني** : يجوز إذا لم يضرَّ ؛ لأن كلَّ واحد منهم يجوز له الانتفاع بقراره ، فيجوز بهوائه ؛ كالشارع .

(**إلا برضا الباقين**) فيجوز ضرَّ أم لا ؛ لأنه ملكهم ، هاذا إذا رضوا مجاناً ، ولا يجوز بأجرة ؛ لما مرَّ في الشارع ، **ويشترط مع إذن أهله** : إذن المستأجر إن تضرر ؛ كما نقله في « الكفاية » عن أبي الفضل التميمي[1] .

(**وأهلُه**) أي : أهل غير النافذ (**مَنْ نفذ باب داره إليه ، لا من لاصقه جدارُه**) من غير باب ؛ لأنه العرف .

(**وهل الاستحقاق في كلِّها لكلِّهم ، أم تختص شِرْكة كلِّ واحد بما بين رأس الدَّرْب وباب داره ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني**) لأن هاذا القدر محلُّ تردده ومروره ، وما عداه حكمُه فيه حكمُ غير أهل السكة .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٧٠) .

وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلاِسْتِطْرَاقِ ، وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَنْ لَهُ فِيهِ بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ ٱلدَّرْبِ . . فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ ، . . . .

ووجه الأول : أنهم ربما احتاجوا إلى التردد ، والارتفاق بجميعه لطرح الأثقال عند الإدخال والإخراج .

وكان ينبغي أن يقول : (في كله) كما في غيره مما قدمه ؛ فإنه عائد علىٰ غير النافذ وهو مذكر ، وقد أتىٰ في « المحرر » بجميع الضمائر مؤنثة ؛ لكونه عبر أولاً بالسكة[١] .

ولما عبر المصنف بغير النافذ . . عدل عن تأنيث الضمائر إلىٰ تذكيرها ، إلا أنه لم يذكر هـٰذه اللفظة ، فتابع « المحرر » عليها .

وقوله : (لكلهم) كان الأولىٰ أن يقول : (لكل منهم) فإنه لا نزاع في استحقاق كلِّها لكلِّهم ؛ يعني : مجموعهم ؛ فإن الكلَّ يطلق على الكلِّ المجموعي والكلِّ التفصيلي .

(**وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق**) لتضررهم ، فإن أذنوا . . جاز ولهم الرجوع ولو بعد الفتح .

(**وله فتحه إذا سَمَّره في الأصحِّ**) لأن له رفعَ الجدار فبعضه أولىٰ ، **والثاني** : لا ؛ لأنه يستدل به فيما بعد على استحقاق المرور ، وقال في « زيادة الروضة » : **إنه الأفقه** ، ولم يصرح الرافعي في « الشرحين » بترجيح[٢] .

(**ومن له فيه باب ففتح آخر أبعدَ من رأس الدرب**) من بابه الأصلي (. . **فلشركائه منعُه**) أي : لكلٍّ منهم ذلك ؛ لتضررهم ، وسواء سدَّ الأول أم أبقاه .

وكلامه يوهم : أن للجميع المنعَ ؛ لأنهم شركاؤه ، وليس كذلك ، بل المنع لمن بابه أبعدُ من الباب الأول الذي للفاتح ، ولا يثبت لمن بابه أقربُ **على الأصح** ؛ بناء علىٰ كيفية الشركة .

---

(١) المحرر (ص ١٨٣ـ ١٨٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٠٨) ، الشرح الكبير (٥/ ١٠٠ـ ١٠١) .

وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَىٰ رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ ٱلْبَابَ ٱلْقَدِيمَ . . فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ سَدَّهُ . . فَلاَ مَنْعَ . وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تُفْتَحَانِ إِلَىٰ دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ ، فَفَتَحَ بَاباً بَيْنَهُمَا . . لَمْ يُمْنَعْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحَ ٱلْبَابِ فَصَالَحَهُ أَهْلُ ٱلدَّرْبِ بِمَالٍ . . صَحَّ . وَيَجُوزُ فَتْحُ ٱلْكَوَّاتِ . ...

(**وإن كان أقرب إلىٰ رأسه ، ولم يسدَّ الباب القديم . . فكذلك**) لأن انضمام الثاني إلى الأول يورث زحمةَ الناس ، وكثرة وقوف الدواب ، فيتضررون به ، (**وإن سدَّه . . فلا منع**) لأنه ترك بعض حقّه .

(**ومن له داران تُفتحان إلىٰ دربين مسدودين ، أو مسدودٍ وشارع ، ففتح باباً بينهما . . لم يُمنع في الأصحِّ**) لأنه يستحق المرور في السكة ، ورفع الحائل بين الدارين تصرف مصادف للملك فلم يُمنع منه ، **والثاني** : يمنع ، ونقله في « زيادة الروضة » عن الجمهور(1) ؛ لإحداث ما لم يكن ، وسواء في جريان الخلاف سدّ باب أحدهما أم لا .

نعم ؛ محله : إذا قصد بالفتح الاستطراق ، فإن قصد به اتساعَ ملكه أو نحوه . . فلا منع قطعاً .

وقوله : (مسدودين ، أو مسدود وشارع) كان الأولىٰ أن يقول : (مملوكين ، أو مملوك وشارع) ؛ لأنه لا يلزم من السدِّ الملك ؛ بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه .

(**وحيث مُنع فتح الباب فصالحه أهل الدرب بمال . . صحَّ**) لأنه انتفاع بالأرض ، بخلاف إشراع الجناح ؛ لأنه هناك بذل مال في مقابلة الهواء المجرد .

ومحل الجواز : إذا صالحوا على الاستطراق ، أما مجرد الفتح بلا استطراق . . فلا يصحُّ الصلح عنه بمال قطعاً .

(**ويجوز فتح الكوَّات**) لأنه تصرف في ملكه ، وقيد صاحب « الشافي » ذلك بما إذا كانت عالية لا يقع النظر فيها علىٰ دار جاره ؛ لكن صرح الشيخ أبو حامد بخلافه ، وهو قضية إطلاق الشيخين .

---

(1) روضة الطالبين (٤/ ٢٠٩) .

وَٱلْجِدَارُ بَيْنَ ٱلْمَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ : فَٱلْمُخْتَصُّ : لَيْسَ لِلآخَرِ وَضْعُ ٱلْجُذُوعِ عَلَيْهِ فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَلاَ يُجْبَرُ ٱلْمَالِكُ ، ....

والكوات : بفتح الكاف ، **وقيل** : بضمها ، وتشديد الواو جمع كوة ، وهي فتح في الحائط لأجل الضوء غالباً .

(والجدار بين المالكين قد يختصُّ به أحدهما ، وقد يشتركان فيه ؛ فالمختصُّ ليس للآخر وضعُ الجذوع عليه) بغير إذن **(في الجديد ، ولا يُجبَر المالك) على الجديد** ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَحِلُّ لامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلاَّ مَا أَعْطَاهُ عَنْ طِيبِ نَفْسٍ » رواه الحاكم من حديث ابن عباس بإسناد علىٰ شرط الصحيح[١] .

وقياساً علىٰ سائر أمواله ، ونقله البغوي في « شرح السنة » عن أكثر أهل العلم[٢] .

والقديم ـ ونصّ عليه في « البويطي » أيضاً ـ : أنه يجوز له وضعها من غير إذنه ، وليس له منعه ؛ لحديث أبي هريرة : « لاَ يَمْنَعَنَّ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ » ، ثم يقول أبو هريرة : (مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم) أي : لأضعن هـٰذه السنة بين أظهركم ، متفق عليه[٣] .

وقال البيهقي : (لم نجد في السنن ما يعارض هـٰذا الحديث ، ولا تصحُّ معارضتُه بالعمومات ، ولا عذر لأحد في مخالفته ، وقد نصَّ الشافعي في القديم والجديد على القول به)[٤] .

وأجاب الأصحاب عن الحديث : بأن الضمير في (جداره) لصاحب الخشب ؛ أي : لا يمنعه الجار أن يضع خشبه علىٰ جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء ، ورؤية الأماكن المستطرفة والمُنِيرة علىٰ خلاف ما يقوله مالك من المنع في كثير من هـٰذه الحالات ، قال الإسنوي : ويتأيد بأنه القياس الفقهي ، والقاعدة النحوية ؛ فإنه أقرب من الأول ، فوجب عود الضمير إليه[٥] .

---

(١) المستدرك (٩٣/١) .

(٢) شرح السنة (١٨٥/٥) .

(٣) صحيح البخاري (٢٤٦٣) ، صحيح مسلم (١٦٠٩) وقع في (د) : (خشبة) بالإفراد وهي رواية .

(٤) معرفة السنن والآثار (٣٧/٩) .

(٥) المهمات (٤٦١/٥) .

فَلَوْ رَضِيَ بِلاَ عِوَضٍ . . فَهُوَ إِعَارَةٌ لَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ ٱلْبِنَاءِ عَلَيْهِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفَائِدَةُ ٱلرُّجُوعِ : تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، وَقِيلَ : فَائِدَتُهُ : طَلَبُ ٱلأُجْرَةِ فَقَطْ . وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ ٱلْجُذُوعِ وَٱلْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ ؛ فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ ٱلْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ . . فَهُوَ إِجَارَةٌ ، وَإِنْ قَالَ : (بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ) ، أَوْ (بِعْتُ حَقَّ ٱلْبِنَاءِ عَلَيْهِ) . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ هَـٰذَا ٱلْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ ، . . . .

وللقديم شروط : ألا يحتاج مالكه إلىٰ وضع جذوعه عليه ، وألا يزيد في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزَجاً ، ولا يضع عليه ما يضره ، وأن تكون الأرض له ، نصّ عليه ، وألا يملك شيئاً من جُدران البقعة التي يسقفها ، أو لا يملك إلا جداراً واحداً ، فإن ملك جدارين . . فليسقف عليهما ، ولا فرق على القديم بين أن يحتاج إلىٰ فتح شيء في الحائط ليدخل فيه الجذوع أم لا ، صرح به الماوردي ، وابن الصباغ ، وغيرهما .

(**فلو رضي**) على **الجديد** (**بلا عوض . . فهو إعارة**) لصدق حدِّها عليه (**له الرجوعُ قبل البناء عليه ، وكذا بعده في الأصحِّ**) كسائر العواري ، **والثاني** : لا ؛ كما لو أعار للدفن .

(**وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يُبقيه بأجرة أو يَقلع ويَغرم أرش نقصه**) أي : ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؛ كما لو أعار أرضاً للبناء ، (**وقيل : فائدته : طلب الأجرة فقط**) لأن ضرر القلع يصل إلىٰ ما هو خالص ملك المستعير ، فإن الجذوع إذا ارتفعت أطرافُها من جدار . . لا تبقىٰ على الجدار الآخر .

(**ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض ؛ فإن أَجَّر رأس الجدار للبناء . . فهو إجارة**) كسائر الأعيان التي تستأجر للمنافع ، لكن لا يشترط فيها بيانُ المدة في **الأصح** ؛ لأنه عقد يَرِدُ علىٰ منفعة ، وتدعو الحاجة إلىٰ دوامه ، فلم يشترط فيه التأقيت ؛ كالنكاح[1] .

(**وإن قال : « بعته للبناء عليه » ، أو « بعت حقَّ البناء عليه » . . فالأصحُّ : أن هـٰذا العقد فيه شَوْب بيع**) لكونه مؤبداً (**وإجارةٍ**) لكونه علىٰ منفعة ؛ إذ لا يملك المشتري

---

(١) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

فَإِذَا بَنَىٰ . . فَلَيْسَ لِمَالِكِ ٱلْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ . وَلَوِ ٱنْهَدَمَ ٱلْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ ٱلْبِنَاءِ . وَسَوَاءٌ كَانَ ٱلإِذْنُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ ٱلْمَوْضِعِ ٱلْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولاً وَعَرْضاً ، وَسَمْكِ ٱلْجُدْرَانِ ، وَكَيْفِيَّتِهَا ، وَكَيْفِيَّةِ ٱلسَّقْفِ ٱلْمَحْمُولِ عَلَيْهَا . . . .

فيها عيناً ، **والثاني** : أنه إجارة ، واغتفر فيها التأبيد للحاجة ، **والثالث** : أنه بيع يملك به المشتري رأسَ الجدار ، حتىٰ لو انهدم الجدار ثم أعيد . . عاد حقُّه .

واحترز بقوله : (**للبناء عليه**) عما إذا باعه وشرط ألا يبني عليه . . فإنه جائز قطعاً ، وينتفع به بما عدا البناء من المكث عليه وغيره ، وكذا إذا باعه ولم يتعرض للبناء بالكلية **على الأصح** ، ذكره الماوردي .

(**فإذا بنىٰ**) بعد قوله : (بعته للبناء) ، أو (بعت حقَّ البناء عليه) (. . **فليس لمالك الجدار نقضُه بحال**) أي : نقض بناء المشتري ، لا مجاناً ولا مع إعطاء الأرش؛ لأنه استحق دوام البناء بعقد لازم ، وسكت الشيخان عن تمكين البائع من هدم حائط نفسه ، ومن منع المشتري أن يبني إذا لم يكن قد بنىٰ ، قال الإسنوي : ولاشك أنه لا يُمكَّن منهما .

(**ولو انهدم الجدار فأعاده مالكه** . . **فللمشتري إعادة البناء**) بتلك الآلات وبمثلها ؛ لأنه حقٌّ ثبت له .

(**وسواء كان الإذن**) في وضع البناء (**بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه** ، **طولاً وعرضاً** ، **وسمكِ الجُدران** ، **وكيفيتِها**) أهي مجوفة أو منضدة ، من حجر أو غيره .

(**وكيفيةِ السقف المحمول عليها**) هل هو من خشب أو أزج ، وهو العقد ؛ لأن الغرض يختلف بذلك ، ولا يشترط ذكر الوزن **في الأصح** ، ولو حضرت الآلات . . كفىٰ عن وصفها .

والسمك بفتح السين : الارتفاع إذا أخذت من أسفل فصاعداً ، فإن عكست . . سمي عُمقاً بضم العين المهملة .

والطول : عبارة عن امتداده من زاوية البيت إلىٰ زاوية أخرىٰ مثلاً ، **والعَرْض** : هو البعد الثالث .

وَلَوْ أَذِنَ فِي ٱلْبِنَاءِ عَلَىٰ أَرْضِهِ . . كَفَىٰ بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ ٱلْبِنَاءِ . وَأَمَّا ٱلْجِدَارُ ٱلْمُشْتَرَكُ : فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِداً أَوْ يَفْتَحَ كُوَّةً بِلاَ إِذْنٍ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتَاعاً لاَ يَضُرُّ ، وَلَهُ ذَٰلِكَ فِي جِدَارِ ٱلأَجْنَبِيِّ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى ٱلْعِمَارَةِ فِي ٱلْجَدِيدِ . فَإِنْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ . . لَمْ يُمْنَعْ ، وَيَكُونُ ٱلْمُعَادُ مِلْكَهُ ؛ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ . . . . . .

(**ولو أذن في البناء علىٰ أرضه . . كفىٰ بيان قدر محلِّ البناء**) لأن الأرض تحمل كلَّ شيء ، فلا يختلف الغرض إلا بقدر محلِّ البناء ، قال السبكي : وينبغي اشتراط بيان قدر ما يحفر من الأساس ؛ لأن الغرض يختلف به .

(**وأما الجدار المشترك . . فليس لأحدهما وضعُ جذوعه عليه بغير إذن في الجديد**) هٰذان القولان هما السابقان في جدار الأجنبي ، وقد سبق توجيههما .

(**وليس له أن يَتِدَ فيه وَتِداً ، أو يَفتح كُوَّة بلا إذن**) ولا أن يَترِّب الكتابَ بترابه ؛ كغيره من المشتركات .

(**وله أن يستند إليه ، ويَسند متاعاً لا يضرُّ ، وله ذلك في جدار الأجنبي**) لأنه لا ضرر فيه .

وقوله : (لا يضر) ليس في « المحرر »[1] ، ولا بدَّ منه .

(**وليس له إجبارُ شريكه على العمارة في الجديد**) كما لا يجبر علىٰ زراعة الأرض المشتركة ، **والقديم** ـ ونصّ عليه في « البويطي » ـ : الإجبار ؛ صيانةً للأملاك المشتركة عن التعطيل ، وصححه جماعة ، وأفتىٰ به ابن الصلاح ، واختار الغزالي في « الفتاوىٰ » : أن القاضي يلاحظ أحوالَ المتخاصمين ، فإن ظهر له أن الامتناع لغرض صحيح ، أو شكّ في أمره . . لم يجبره ، وإن علم أنه عناد . . أجبره[2] .

(**فإن أراد**) الشريك (**إعادةَ منهدمٍ بآلة لنفسه . . لم يُمنع**) ليصل إلىٰ حقِّه .

(**ويكون المعاد ملكَه ؛ يضع عليه ما شاء ، ويَنقُضه إذا شاء**) لأنه لا حقَّ لغيره فيه .

---

(١) المحرر (ص ١٨٥) .

(٢) فتاوى الإمام الغزالي (ص ١٥١ـ ١٥٢) .

وَلَوْ قَالَ ٱلآخَرُ : (لاَ تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَكَ حِصَّتِي) . . لَمْ تَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ . وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنُقْضِهِ ٱلْمُشْتَرَكِ . . فَلِلآخَرِ مَنْعُهُ . وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَىٰ إِعَادَتِهِ بِنُقْضِهِ . . عَادَ مُشْتَرَكاً كَمَا كَانَ . وَلَوِ ٱنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ ٱلآخَرُ زِيَادَةً . . جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ ٱلآخَرِ . وَيَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَ عَلَىٰ إِجْرَاءِ ٱلْمَاءِ وَإِلْقَاءِ ٱلثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ عَلَىٰ مَالٍ . وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَاراً بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ؛ فَإِنِ ٱتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنَيَا . . . . .

(**ولو قال الآخر : « لا تَنقُضه وأَغرم لك حصتي » . . لم تلزمه إجابتُه**) **على الجديد** ؛ كما لا يلزمه ابتداءُ العمارة .

(**وإن أراد إعادته بنقْضِه المشترك . . فللآخر منعه**) كسائر الأعيان المشتركة ، **وقيل** : ليس له المنع ، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه ، وجزم به في « التنبيه »[(١)] ، وقال في « المطلب » : **إنه الأشبه** .

(**ولو تعاونا على إعادته بنُقْضه . . عاد مشتركاً كما كان**) لتساويهما في العمل والجدار ، فلو شرط لأحدهما زيادة . . لم يصحَّ **على الصحيح** .

(**ولو انفرد أحدهما**) بإعادته بالنقض المشترك (**وشرط له الآخرُ زيادة . . جاز ، وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر**) هـٰذا إذا جعل له الزيادة في الحال ، فإن شرطها بعد البناء . . لم يصحَّ ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ، قاله الإمام وتبعاه[(٢)] .

(**ويجوز أن يصالح على إجراء الماء ، وإلقاء الثلج في ملكه على مال**) كحقِّ البناء ، وقد أطلق الماء ، **والمراد به** : الحاصل على سطحه من المطر إذا لم يكن له مصرفٌ إلى الطريق إلا بمروره على سطح جاره ، أو المجلوب من نهر ونحوه إلى أرضه .

فأما غسالة الثياب والأواني . . فلا يجوز الصلح على إجرائها على مال ؛ كما في « الشرح » ، و« الروضة » لأنه مجهول ، والحاجة لا تدعو إلى تجويزه[(٣)] .

(**ولو تنازعا جداراً بين ملكيهما ؛ فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يُعلم أنهما بنيا**

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٤٩٥) ، التنبيه (ص ٧٤) .
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٤٩٠) ، روضة الطالبين (٤/ ٢١٨) ، الشرح الكبير (٥/ ١١١) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ١١٦) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٢٢) .

مَعاً . . فَلَهُ ٱلْيَدُ ، وَإِلاَّ . . فَلَهُمَا . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً . . قُضِيَ لَهُ ، وَإِلاَّ . . حَلَفَا ، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلاَ . . جُعِلَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا . . قُضِيَ لَهُ ، . . . .

معاً) كما لو كان عليه أزج لا يتصور إحداثُه بعد تمام الجدار ؛ بأن أُميل من مبتدأ ارتفاعه عن الأرض (. . فله اليد) لأن اتصاله أمارةٌ ظاهرة علىٰ يده ، فيحلف ويحكم له به ، إلا أن تقوم بينة بخلافه .

(**وإلا . . فلهما**) أي : وإن لم يحصل الاتصالُ المذكور ؛ بأن كان منفصلاً عنهما ، أو متصلاً بهما مطلقاً ، أو بأحدهما اتصالاً يمكن إحداثُه . . فاليد لهما ؛ لعدم المرجح .

وأفهم : أنه لا يحصل الترجيح بغير ذلك .

قال الشافعي : (ولا أنظر إلىٰ من إليه الدواخل والخوارج ، وأنصاف اللَّبن ولا معاقد القُمُط)(١) .

(**فإن أقام أحدهما بينة . . قُضي له**) لأن البينة مقدمة على اليد .

(**وإلا**) أي : وإن لم يُقم أحدُهما بينة ، أو أقامها كلٌّ منهما (. . **حلفا**) أي : حلف كلٌّ لصاحبه على النصف الذي يسلم له **على الأصح** ؛ لأن كلَّ واحد منهما مدعىٰ عليه ، ويده على النصف فالقول قوله فيه ؛ كالعين الكاملة ، **وقيل** : يحلف على الجميع ؛ لأنه يدعيه .

(**فإن حلفا أو نكلا . . جُعل بينهما**) لظاهر اليد (**وإن حلف أحدهما**) ونكل الآخر (. . **قضي له**) بالكلِّ إذا حلف يمينَ الردِّ .

---

(١) الأم (٤/ ٤٧٢ـ ٤٧٣) .
قال المفسرون لكلام الشافعي : إن المراد بالخوارج : ما يخرج عن سمت الحائط من الصور والكتابات المتخذة من جصّ أو آجرّ أو غيرهما ، وبالدواخل : ما في باطن الجدار من الطاقات والمحاريب ، وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فيجعل الأطراف الصحاح إلىٰ جانب ، ومواضع الكسر إلىٰ جانب .
وأما معاقد القمط : فيكون ذلك في الجدران المتخذة من القصب ونحوه . وأغلب ما يكون في السترة بين السطحين فتشد بحبال أو خيوط ، وربما جعل عليهما خشبة معترضة ، ويكون العقد من جانب والوجه المستوي من جانب ، والقمط كما قاله الأزهري : حبال رقاق . اهـ هامش (أ) .

وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ . . لَمْ يُرَجَّحْ . وَٱلسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ : أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ ٱلْعُلْوِ . . فَيَكُونَ فِي يَدِهِمَا ، أَوْ لاَ . . فَلِصَاحِبِ ٱلسُّفْلِ ؟

(**ولو كان لأحدهما عليه جذوع . . لم يُرجَّح**) لأن وضعها قد يكون بإعارة أو إجارة أو بيع ، أو بقضاء قاض يرى الإجبارَ على الوضع ، فلا يُترَكُ المُحقَّق بالمحتمل .

(**والسقف بين عُلْوه وسفل غيره كجدار بين مِلكين ، فينظر : أيمكن إحداثُه بعد العلو**) بأن يكون السقف عالياً ، فينقب وسط الحائط ، ويوضع رأس الجذوع في النقب ، ويوضع عليها ألواح أو غيرها ، فيصير البيت الواحد بيتين (. . **فيكونَ في يدهما**) لاشتراكهما في الانتفاع به ؛ فإنه أرض لصاحب العلو ، وساتر لصاحب السفل .

(**أو لا**) يمكن إحداثه ؛ كالأزج الذي لا يمكن عقده علىٰ وسط الجدار بعد امتداده في العلو (. . **فلصاحب السفل**) لاتصاله ببنائه .

* * *

بابُ الحَوالة

يُشْتَرَطُ لَهَا : رِضَا ٱلْمُحِيلِ وَٱلْمُحْتَالِ ، لاَ ٱلْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ تَصِحُّ عَلَىٰ مَنْ لاَ دَيْنَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ بِرِضَاهُ . . . .

(باب الحوالة)

هي بفتح الحاء ، وحكي كسرُها ، **وهي في اللغة** : الانتقال ؛ من قولهم : (حال عن العهد) إذا انتقل عنه ، **وفي الاصطلاح** : تطلق علىٰ شيئين : **أحدهما** : انتقال الدين من ذمة إلىٰ ذمة ، **الثاني** : العقد الذي يحصل به الانتقالُ ، وهـٰذا هو غالب استعمال الفقهاء ، وهي مجمع عليها .

والأصح : أنها بيع ، فكأن المحيل باع المحتال مالَه في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمته ، **وقيل** : هي استيفاء ، وصححه السبكي ، وفسر الشيخان الاستيفاء : بأن المحتال كأنه استوفىٰ ما على المحيل ، وأقرضه المحال عليه[1] .

وإذا قلنا : إنها بيع . . **فالأصح** : أنها بيع دين بدين جوز للحاجة ، **وقيل** : بيع عين بعين ، **وقيل** : بيع عين بدين .

(**يشترط لها رضا المحيل**) لأن الحقَّ في ذمته مرسل ، فلا يتعين قضاؤه في محلٍّ معين ؛ كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه .

(**والمحتال**) لأن حقَّه في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلىٰ غيره إلا برضاه ؛ لأن الذمم تتفاوت ، وطريق الوقوف علىٰ تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول علىٰ ما مرَّ في البيع ، ويعتبر في المحيل والمحتال أهلية التصرف كسائر المعاملات .

(**لا المحال عليه في الأصحِّ**) لأن الحقَّ للمحيل ، فله أن يستوفي بنفسه وبغيره ؛ كما له أن يوكل ، ولأن المحال عليه محلُّ التصرف فأشبه العبد المبيع ، **والثاني** : يشترط ؛ لأنه أحدُ أركان الحوالة ؛ كالمحيل والمحتال .

(**ولا تصحُّ علىٰ من لا دين عليه**) بناء علىٰ أنها بيع ؛ لأنه ليس على المحال عليه شيء يجعله عوضاً عن حقِّ المحتال ، (**وقيل : تصحُّ برضاه**) بناء علىٰ أنها استيفاء ؛

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٢٨) ، الشرح الكبير (٥/١٢٦) .

وَتَصِحُّ بِٱلدَّيْنِ ٱللاَّزِمِ ، وَعَلَيْهِ ٱلْمِثْلِيُّ ، وَكَذَا ٱلْمُتَقَوِّمُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبِٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ ، وَعَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فكأن المحتال أخذ حقَّه ممن عليه ، وأقرضه من المحال عليه .

(**وتصحُّ بالدين اللازم ، وعليه**) سواء اتفق الدينان في سبب الوجوب أو اختلفا ؛ كأن كان أحدهما ثمناً ، والآخر قرضاً ؛ لما سلف من الأدلة .

قال في « الروضة » : وكان ينبغي وصف الدين بالاستقرار ؛ ليخرج دين السلم فإنه لازم ، ولا تصحُّ الحوالة به ، ولا عليه **في الأصحِّ**(١) .

قال الإسنوي : لكن الأجرة قبل مضي المدة غيرُ مستقرة ، وكذلك الصداق قبل الدخول ، والموت ، والثمن قبل قبض المبيع ، ومع ذلك تصحُّ الحوالة بها وعليها ، فضرر هـٰذه الزيادة أكثر من نفعها ، قال : **فالأحسن** : التعبير باللزوم ، ويزاد لإخراج السلم : يصحُّ الاستبدال عنه ؛ كما عبر به في « الكفاية »(٢) .

(**المثلي**) كالنقدين والحبوب ، (**وكذا المتقوم**) بكسر الواو (**في الأصحِّ**) كالثياب والعبيد ؛ لثبوتهما في الذمة بعقد السلم ، **والثاني** : لا تصحُّ في **المتقوم** ؛ لأن المقصود من الحوالة إيصال الحقِّ إلىٰ مستحقه من غير تفاوت ، ولا يتحقق فيما لا مثل له .

(**وبالثمن في مدة الخيار**) أي : بأن يُحيل المشتري البائعَ علىٰ إنسان ، (**وعليه**) أي : بأن يُحيل البائع إنساناً على المشتري (**في الأصحِّ**) لأنه صائر إلى اللزوم ، والجواز عارض فيه ، **والثاني** : لا تصحُّ به ، ولا عليه ؛ لعدم اللزوم .

ويستثنىٰ من الثمن : الربويات ورأس مال السلم ، فلا تصحُّ الحوالة به ، ولا عليه **على الصحيح** .

واحترز بقوله : (في مدة الخيار) عما إذا أحال به بعد انقضائه ، وقبل قبض المبيع . . فإنها جائزة قطعاً ؛ كما **هو المشهور** .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٣١) .

(٢) المهمات (٥/ ٤٧٧) .

وَٱلْأَصَحُّ : صِحَّةُ حَوَالَةِ ٱلْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِٱلنُّجُومِ ، دُونَ حَوَالَةِ ٱلسَّيِّدِ عَلَيْهِ . وَيُشْتَرَطُ ٱلْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْراً وَصِفَةً ، وَفِي قَوْلٍ : تَصِحُّ بِإِبِلِ ٱلدِّيَةِ وَعَلَيْهَا . . . . . .

(**والأصحُّ : صحة حوالة المكاتب سيدَه بالنجوم ، دون حوالة السيد عليه**) لاستقرار ما أحال به المكاتب دون عكسه ؛ إذ له إسقاطها متىٰ شاء ، فلا يمكن إلزامُه الدفعَ للمحتال ، **والثاني** : المنع فيهما ، أما عليه . . فلما مرَّ ، وأما منه . . فبناء علىٰ أنها بيع ، والاعتياض عن نجوم الكتابة غير صحيح ، **والثالث** : الصحة فيهما ، أما منه . . فلما مرَّ ، وأما عليه . . فبناء علىٰ أنها استيفاء .

وإطلاق الشيخين يقتضي : أنه لا فرق بين النجوم الحالة والمؤجلة ، وفي « الكفاية » عن المَحاملي والجرجاني : تخصيص الجواز بما بعد الحلول دون ما قبله[1] .

واحترز المصنف بالنجوم : عما إذا كان للسيد عليه دين معاملة ، وأحال عليه . . **فإن الأصحَّ في « أصل الروضة »** : الصحة ، ولا نظر إلىٰ سقوطه بالتعجيز[2] .

(**ويشترط العلم**) من كلٍّ منهما (**بما يحال به وعليه قدراً وصفة**) أي : الصفة المعتبرة في السلم ؛ كما قاله في « الكفاية »[3] ؛ لأن المجهول لا يصحُّ بيعه ولا استيفاؤه ، وسكت عن الجنس ؛ لأنه يستغنىٰ عنه بالصفة .

(**وفي قول : تصحُّ بإبل الدية وعليها**) الخلاف مبني علىٰ جواز الاعتياض عنها ، **والأصحُّ** : المنع ؛ للجهل بصفاتها ، وصور المصنف في « نكت التنبيه » المسألة : بأن يجني رجل علىٰ رجل مُوضحةً ، ثم يجني المجني عليه علىٰ آخر مُوضحةً ، فيجب عليه خمس من الإبل ، فيحيل المجني عليه أولاً ، وهو الجاني ثانياً المجنيَّ عليه ثانياً على الجاني أولاً بالخمس من الإبل .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/٩٨) . قال في « العجالة » [٢/ ٨١١ـ ٨١٢] : (وقضية إطلاق الشيخين : أنه لا فرق بين النجوم الحالَّة والمؤجلة ، وفي الحالَّة نظر) . انتهىٰ ، ولم يتعرض لما في « الكفاية » ، ولا وجه للنظر في الحالَّة دون المؤجلة . اهـ هامش (أ) .

(٢) الكلام في « زيادة الروضة » (٤/ ٢٣٠) .

(٣) كفاية النبيه (١٠/١٠٣) .

وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْساً وَقَدْراً ، وَكَذَا حُلُولاً وَأَجَلاً وَصِحَّةً وَكَسْراً فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَبْرَأُ بِٱلْحَوَالَةِ ٱلْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ ٱلْمُحْتَالِ ، وَٱلْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ ٱلْمُحِيلِ ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ ٱلْمُحْتَالِ إِلَىٰ ذِمَّةِ ٱلْمُحَالِ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَى ٱلْمُحِيلِ ، . . . .

(**ويشترط تساويهما جنساً وقدراً**) فلا تصحُّ بالدراهم على الدنانير وعكسه ، ولا بخمسة علىٰ عشرة وعكسه ؛ لأنها معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي ؛ كالقرض ، ولو جوزت . . لصار المطلوب منها الفضل ، فتخرج عن موضوعها .

(**وكذا حلولاً وأجلاً وصحة وكسراً في الأصحِّ**) إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر ، **والثاني** : إن كان النفع فيه للمحتال . . جاز ، وإلا . . فلا .

فيحيل بالمؤجل والمكسر على الحالّ والصحيح، وبأبعد الأجلين على الأقرب، بخلاف العكس في الجميع، وكأنه تبرع بالزيادة، وانقلب في «الروضة» بعض هـٰذه الأمثلة، فقال: بالصحيح على المكسر، وبالجيد على الرديء[1]، **والصواب** : ما ذكرناه.

(**ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حقُّ المحتال إلىٰ ذمة المحال عليه**) بالإجماع ؛ كما قاله الماوردي[2] ؛ لأن هـٰذا كلّه فائدة الحوالة .

وقوله : (ويتحول) **قد** يفهم أن الدين لا ينتقل بصفته من رهن أو كفيل ، بل مجرداً عنهما ، ويبرأ الكفيل ، وينفك الرهن ؛ لأن الرهن والكفيل ليسا من حقِّ المحتال ، وهو كذلك ، فقد صرح الرافعي في (باب الضمان) في أول الباب الثاني في حكم الضمان الصحيح ببراءة الضامن[3] ، وصرح المتولي بانفكاك الرهن ؛ كما نقله عنه السبكي وأقره ، وأفتى البارزي بالانتقال فيهما ، **واعتُرض** .

(**فإن تعذر بفلَس أو جَحْد وحَلِف ونحوهما . . لم يرجع على المحيل**) كما لو

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٣١) .
(٢) الحاوي الكبير (٨/ ٩٤) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ١٧٢) .

فَلَوْ كَانَ مُفْلِساً عِنْدَ ٱلْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ ٱلْمُحْتَالُ . . فَلاَ رُجُوعَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ ٱلرُّجُوعُ إِنْ شَرَطَا يَسَارَهُ . وَلَوْ أَحَالَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلثَّمَنِ ، فَرُدَّ ٱلْمَبِيعُ بِعَيْبٍ . . بَطَلَتْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، أَوِ ٱلْبَائِعُ بِٱلثَّمَنِ فَوُجِدَ ٱلرَّدُّ . . لَمْ تَبْطُلْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

اعتاض عن دينه شيئاً وقبضه فتلف في يده ، فلو شرط الرجوع عليه بذلك . . فثلاثة أوجه بلا ترجيح في « الرافعي » .

ثالثها : تصحُّ الحوالة دون الشرط[1] .

وقوله : (ونحوهما) هو من زيادات « الكتاب » علىٰ كتب الرافعي ، وعلى « الروضة » أيضاً ، وأشار به إلى التعذر بامتناعه وشوكته ، أو بموته موسراً بعد موت البينة .

(**فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال . . فلا رجوع له**) لأنه مقصر بترك الفحص .

(وقيل : **له الرجوع إن شرطا يساره**) كما لو شرط كون العبد كاتباً فأخلف .

ورُدَّ : بأنه لو ثبت الرجوع عند الشرط . . لثبت عند عدمه ؛ لأنه نقص .

(**ولو أحال المشتري**) البائع (**بالثمن ، فرُدَّ المبيع بعيب**) أو بإقالة ، أو تحالف (. . **بطلت في الأظهر**) لأنه إحالة بالثمن .

فإذا انفسخ العقد . . خرج المحال به عن أن يكون ثمناً ، وسقط حقُّ العاقد ، فبطلت .

والثاني : لا تبطل ؛ كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ، ثم ردَّ المبيع بعيب . . فإنه يرجع بمثل الثمن ، ولا يبطل الاستبدال **على الأصح** .

والخلاف جار سواء ردَّ بعد قبض المبيع أم قبله ، وسواء كان الردُّ بعد قبض المحتال مالَ الحوالة ، أم قبله **على الأصح** .

(**أو**) أحال (**البائع بالثمن**) رجلاً على المشتري (**فوجد الردُّ . . لم تبطل على المذهب**) لتعلق الحقِّ بثالث ، وهو الذي انتقل إليه الثمن فلم **يبطل** حقُّه بفسخ

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ١٣٣) .

وَلَوْ بَاعَ عَبْداً وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ، ثُمَّ ٱتَّفَقَ ٱلْمُتَبَايِعَانِ وَٱلْمُحْتَالُ عَلَىٰ حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . . بَطَلَتِ ٱلْحَوَالَةُ ، . . . .

المتعاقدين ؛ كما لو تصرف البائع في الثمن ثم ردَّ المشتري ما اشتراه بعيب . . فإن تصرفه لا يبطل .

والطريق الثاني : طرد القولين في المسألة قبلها .

وعلى الأول : إن كان قبض المحتال من المشتري . . رجع المشتري على البائع ، وإلا فهل يرجع عليه أم لا يرجع إلا بعد القبض ؟ فيه وجهان .

وقضية كلامهما : ترجيح عدم الرجوع ، **والأصحُّ في « الكفاية »** : مقابله[1] .

(**ولو باع عبداً وأحال بثمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال علىٰ حريته ، أو ثبتت ببينة . . بطلت الحوالة**) لأنه بان أن لا ثمن حتىٰ يحال به ، وكذا كلّ ما يمنع صحة البيع ؛ ككونه مستحقاً .

والمراد بالبطلان هنا : عدم الصحة ؛ لأن الحوالة لم تتقدمها صحة ، بخلاف البطلان في الردِّ بالعيب ونحوه ؛ فإنه بطريق الانفساخ ، وهٰذه البينة قد تَشهد حسبةً ، وقد يقيمها العبد ، ولا يتصور أن يقيمها واحد من المتبايعين ؛ لأنهما كذّباها بالدخول في البيع ، كذا جزما به في « الشرح الصغير » ، و« الروضة » هنا ، ونقله في « الكبير » عن البغوي والروياني ، وأقره[2] .

وهو صريح في أن الإقدام على البيع مانعٌ من سماع الدعوىٰ والبينة ، وقد ذكرا في (كتاب الدعاوىٰ) ما يخالفه[3] .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ١١٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٣٥) ، الشرح الكبير (٥/ ١٣٩) .

(٣) روضة الطالبين (١٢/ ٩٧) ، الشرح الكبير (٢٨٩) .
قالا في آخر (كتاب الدعاوىٰ) : إذا باع شيئاً ثم ادعىٰ أنه كان وقفاً عليه ، أو أنه باعه وهو لا يملكه ثم ملكه ؛ إن قال حين باع : هو ملكي . . لم تسمع دعواه ولا بينته ، وإن لم يقل ذلك . . سمعت ؛ كما نصَّ عليه في « الأم » ، وبه قال العراقيون ، وغلّط الروياني من قال بخلافه . انتهىٰ ، وقد ذكر في « زيادة الروضة » في آخر الباب الثالث من (الإقرار) ما يوافقه أيضاً . اهـ هامش (أ) .

وَإِنْ كَذَّبَهُمَا ٱلْمُحْتَالُ وَلاَ بَيِّنَةَ . . حَلَّفَاهُ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلعِلْمِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ ٱلْمَالَ مِنَ ٱلْمُشْتَرِي . وَلَوْ قَالَ ٱلْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ : (وَكَّلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي) ، وَقَالَ ٱلْمُسْتَحِقُّ : (أَحَلْتَنِي) ، أَوْ قَالَ : (أَرَدْتُ بِقَوْلِي : « أَحَلْتُكَ » ٱلْوَكَالَةَ) ، وَقَالَ ٱلْمُسْتَحِقُّ : (بَلْ أَرَدْتَ ٱلْحَوَالَةَ) . . صُدِّقَ ٱلْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ ، وَفِي ٱلصُّورَةِ ٱلثَّانِيَةِ وَجْهٌ . . . .

(**وإن كذبهما المحتال ولا بينة . . حلَّفاه علىٰ نفي العلم**) بحريته ؛ لأن هٰذه قاعدةُ الحلف على النفي الذي لا يتعلق به .

(**ثم يأخذ المالَ من المشتري**) لبقاء الحوالة .

وهل يرجع المشتري على البائع ؟ فيه وجهان .

وقضية كلام الشيخين : ترجيح الرجوع ، وقال في « المطلب » : **إنه الحقُّ** .

(**ولو قال المستحَق عليه : « وكلتك لتقبض لي » ، وقال المستحِق : « أحلتني » ، أو قال : « أردت بقولي : أحلتك الوكالةَ » ، وقال المستحِق : « بل أردت الحوالة » . . صدق المستحَق عليه بيمينه**) .

صورة المسألة الأولىٰ : ألا يتفقا علىٰ لفظ ، بل قال المستحق عليه : (صدر مني لفظ الوكالة) ، فقال المستحق : (إنما صدر منك لفظ الحوالة) .

أو يتفقا علىٰ لفظ محتمل ، ويختلفا في المراد منه ؛ كقوله : (اقبض) ، وإنما صدقنا المستحق عليه ؛ لأن الأصل: استمرارُ حقِّه علىٰ من عليه ، وأيضاً فهو في التصوير الثاني : أعرف بنيته.

وصورة الثانية : أن يتفقا علىٰ لفظ الحوالة ، ويختلفا في المراد تفريعاً **على المشهور** في صحة الوكالة بلفظ الحوالة .

ووجه تصديق المستحق عليه : ما مرَّ من العمل بالأصل ، ومن كونه أعرف بقصده .

قال في « المطلب » : وعلى التعليلين يتخرج ما إذا لم تكن له نية ، ولم أر فيه نقلاً .

(**وفي الصورة الثانية وجه**) أن المصدق المستحق ؛ لأن ظاهر اللفظ يوافقه .

وَإِنْ قَالَ : (أَحَلْتُكَ) ، فَقَالَ : (وَكَّلْتَنِي) . . صُدِّقَ ٱلثَّانِي بِيَمِينِهِ .

ومحل الخلاف : ما إذا قال : (أحلتك بمئة علىٰ زيد) ، ونحو ذلك .

فلو قال : (أحلتك بالمئة التي لك بالمئة التي لي علىٰ زيد) . . فالقول قول المستحق قطعاً ، قاله الشيخان ؛ لأنه لا يحتمل غير الحوالة[1] .

(وإن قال : « أحلتك » ، فقال : « وكلتني » . . صدق الثاني بيمينه) لأن الأصل بقاءُ حقِّ المستحق في ذمته ، ويظهر هـٰذا عند إفلاس المحال عليه[2] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٥/ ١٤٠) .

(٢) وقع في « العجالة » [٢/ ٨١٤] : (ويظهر هـٰذا عند إفلاس المحيل) ، وهو سهو ، لعله من ناسخ ، والصواب : المحال عليه . اهـ هامش (أ) .

بابُ الضَّمان

شَرْطُ ٱلضَّامِنِ : ٱلرُّشْدُ ، وَضَمَانُ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ بِفَلَسٍ كَشِرَائِهِ . وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

(باب الضمان)

هو عبارة عن الالتزام إما لما ثبت في ذمة الغير من المال ، وإما لإحضار من عليه حقٌّ لآدمي ، ويطلق أيضاً : على العقد الذي يحصل به الالتزام .

والأصل فيه : قوله تعالىٰ : ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱلزَّعِيمُ غَارِمٌ » صححه ابن حبان[1] ، وانعقد الإجماع عليه في الجملة .

(**شرط الضامن : الرشد**) لأنه تصرف في المال ؛ فلا يصحُّ ضمان صبي ومجنون وسفيه ؛ لعدم رشدهم .

ويرد علىٰ طرده : المكره والمكاتب بغير إذن سيده . . فلا يصحُّ ضمانهما مع كونهما رشيدين ؛ لأن الرشد صلاح الدين والمال ، فكان ينبغي أن يزيد الاختيار وأهلية التبرع .

ويرد علىٰ عكسه : السكران المتعدي بسكره ، ومن سفه بعد رشده ولم يحجر عليه . . فإنه يصحُّ ضمانهما ، وليسا برشيدين .

(**وضمان محجور عليه بفلَس كشرائه**) بثمن في الذمة ، **والأصح** : صحته ، كما سبق ، ويطالب به إذا انفك الحجر وأيسر .

(**وضمان عبد بغير إذن سيّده باطلٌ في الأصحِّ**) ولو كان مأذوناً ؛ كنكاحه ، **والثاني** : يصحُّ ، ويتبع به إذا عتق وأيسر ؛ إذ لا ضرر علىٰ سيده ؛ كما لو أقر بإتلاف مال وكذّبه السيد .

وقوله : (عبد) : قد يخرج المبعض إذا كان بينه وبين السيد مهايأة ؛ فإن ضمانه

---

(١) صحيح ابن حبان (٥٠٩٤) ، وأخرجه أبو داوود (٣٥٦٥) ، والترمذي (١٢٦٥) ، وأحمد (٥/ ٢٦٧) عن أبي أمامة رضي الله عنه .

وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ . . قُضِيَ مِنْهُ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ ٱلإِذْنِ ، وَإِلاَّ . . فَبِمَا يَكْسِبُهُ . وَٱلأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ ٱلْمَضْمُونِ لَهُ ، . . . .

صحيح قطعاً إذا وقع في نوبته .

(ويصحُّ بإذنه) كالنكاح ، وهل يشترط معرفة السيد لقدر الدين ؟ قال الإسنوي : **المتجه** : أنا إن علقناه بشيء مما للسيد . . اشترط ، وإن علقناه بالذمة . . فلا .

(**فإن عين للأداء كسبَه أو غيره . . قُضي منه**) لتصريحه بذلك .

(**وإلا**) أي : وإن اقتصر على الإذن في الضمان ولم يعين له طريقاً (. . **فالأصحُّ : أنه إن كان مأذوناً له في التجارة . . تعلّق بما في يده**) ربحاً ورأس مال ، (**وما يكسبه بعد الإذن**) كما في نكاحه ، **والثاني** : لا يتعلق برأس المال ، بل بالربح الحاصل والمستقبل ، **والثالث** : بالمستقبل خاصة ، **والرابع** : يتعلق بذمته فقط ؛ لأنه إنما أذن له في الالتزام دون الأداء .

وحيث قلنا : يؤدي ما في يده . . فمحله : ما إذا لم يكن على المأذون دين ، فإن كان . . **فالأصحُّ في « زيادة الروضة »** : أنه لا يؤدي إلا ما يفضل عن حقوقهم ؛ رعايةً للجانبين[1] ، هـٰذا إذا لم يحجر عليه ، فإن حجر عليه بطلب الغرماء . . لم يتعلق الضمان بما في يده قطعاً .

(**وإلا**) أي : وإن كان غيرَ مأذون له في التجارة (. . **فبما يكسبه**) بعد الإذن ؛ كالمهر ، **وقيل** : يتعلق بذمته ، **وقيل** : برقبته ، وفي قول قديم : يتعلق بذمة السيد ؛ كما قيل به أيضاً في النكاح .

(**والأصحُّ : اشتراط معرفة المضمون له**) لتفاوت الناس في الاستيفاء ، والغرض يختلف به ، فأشبه معرفة قدر الدين ، قال في « المطلب » : **والمراد** : **معرفته بالعين** لا النسب ؛ كما دل عليه كلام الماوردي . انتهىٰ ، وصرح به ابن كَجٍّ ، وصاحب « المعين » ، وعبارته : **المراد** : معرفة العين لا معرفة المعاملة ، **والثاني** :

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٤٣) .

وَأَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ . وَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَا ٱلْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعاً ، وَلاَ مَعْرِفَتُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ فِي ٱلْمَضْمُونِ : كَوْنُهُ ثَابِتاً وَصَحَّحَ ٱلْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ . وَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ضَمَانِ ٱلدَّرَكِ . . . .

لا يشترط ؛ لظاهر الآية ، وحديثِ أبي قتادة المشهور في « صحيح البخاري »[1] ، فإنه ضمن لمن لا يعرف ، أو لأنه صلى الله عليه وسلم لم يسأله هل يعرفه أم لا ؟ فكان علىٰ عمومه .

(**وأنه لا يشترط قبوله ورضاه**) لعدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المذكور ، **والثاني** : يشترط القبول في الحال؛ كالرهن ، **والثالث** : يشترط رضاه دون قبوله لفظاً.

وكان الأحسن أن يقول : (ولا رضاه) كما في « المحرر »[2] ؛ فإن المقصود نفي كلٍّ منهما ، ومع حذفها لا يستفيد إلا نفي الهيئة الاجتماعية ، وحينئذ : فيصدق الكلام بالوجه الثالث .

(**ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً**) لضمان أبي قتادة دين الميت ، ودعوى القطع تبعا فيها الإمامَ[3] ، وفيه وجه في « تعليق » القاضي الحسين ، وبه قال الجُوري ، ذكره في « المطلب » .

(**ولا معرفته في الأصحِّ**) إذ ليس ثم معاملة ، ولهٰذا لا يشترط رضاه ، **والثاني** : نعم ؛ ليعرف حاله ، وأنه هل يستحق اصطناع المعروف إليه أم لا .

(**ويشترط في المضمون : كونه ثابتاً**) حال العقد ؛ فلا يصحُّ ضمان ما لم يجب وإن جرىٰ سبب وجوبه ؛ كنفقة الزوجة في الغد ؛ لأن الضمان وثيقة بالحقِّ ، فلا يسبقه ؛ كالشهادة .

(**وصحح القديم ضمانَ ما سيجب**) وإن لم يجر سبب وجوبه ؛ كضمان ما يبيعه لفلان أو يقرضه ؛ لأن الحاجة قد تمس إليه .

(**والمذهب : صحة ضمان الدَّرَك**) لأن الحاجة تدعو إلىٰ معاملة الغريب ، ويخاف

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٩١) .

(٢) المحرر (ص ١٨٩) .

(٣) الشرح الكبير (٥/ ١٤٤) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٤٠) .

بَعْدَ قَبْضِ ٱلثَّمَنِ ، وَهُوَ : أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي ٱلثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ ٱلْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مَعِيباً أَوْ نَاقِصاً لِنَقْصِ ٱلصَّنْجَةِ . . . .

أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به ، فاحتيج إلى التوثق ، **وقيل** : لا يصحُّ ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، وضمان مجهول ؛ فإنه قد يخرج البعض مستحقاً ، **والطريق الثاني** : القطع بالأول .

و(الدرك) : بفتح الراء وسكونها هو : التبعة ؛ أي : المطالبة والمؤاخذة ، ويُسمَّىٰ أيضاً : (ضمان العهدة) .

(بعد قبض الثمن) لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه ، **وقيل** : يصحُّ قبله .

وادعى الإمام والغزالي : **أنه المذهب** ، وصححه ابن أبي عصرون ، وعزاه في « الذخائر » للأكثرين[١] .

(وهو) أي : ضمان الدرك (أن يضمن للمشتري الثمنَ إن خرج المبيع مستحَقّاً أو معيباً) وردَّه المشتري ، (أو ناقصاً لنقص الصَّنجة) قال الرافعي : **صورة هـٰذه المسألة** : أن يبيع شيئاً بشرط أن وزنه كذا ، فإذا خرج دونه . . بطل البيع علىٰ قول ، ويثبت للمشتري الخيار في قول آخر . انتهىٰ[٢] ، وألجأه إلىٰ ذلك كون المسألة في ضمان الثمن عند نقص المبيع .

واعترض عليه : بأنه لا يطابق قوله : (نقص لنقص الصنجة) ، وإنما : نقص عنها .

وصور ابن الملقن ذلك في كلام المصنف ؛ بأن جاء المشتري بصنجة وزن بها ، فاتهمه البائع فيها ، فيضمن ضامنٌ نقصَها إن نقصت[٣] ، وهـٰذا لا يطابق قول المصنف : (أن يضمن للمشتري الثمن) لأنه في هـٰذا التصوير إنما يكون ضامناً لما نقص من الثمن للبائع .

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ١١) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ١٥٢) .
(٣) عجالة المحتاج (٢/ ٨١٨) .

وَكَوْنُهُ لاَزِماً ، لاَ كَنُجُومِ كِتَابَةٍ ، وَيَصِحُّ ضَمَانُ ٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَضَمَانُ ٱلْجُعْلِ كَٱلرَّهْنِ بِهِ . . . .

وأورد على المصنف : ضمان الدرك للبائع . . فإنه يصحُّ ، وهو : أن يضمن له المبيع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنجة ، **وشرطه** : أن يكون المبيع مقبوضاً .

(**وكونه لازماً ، لا كنجوم كتابة**)[1] لأن المكاتب قادر علىٰ إسقاطها بالفسخ ، فلم يحصل المقصود من الضمان وهو التوثق .

والمراد باللازم : **ما وضعه على اللزوم وإن كان الآن جائزاً** ؛ **كما سيأتي في ضمان الثمن** في مدة الخيار ، وسواء كان مستقراً ؛ كعوض الخلع أو غير مستقر ؛ كثمن المبيع قبل قبضه .

(**ويصحُّ ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصحِّ**) لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه ، فألحق به ، **والثاني** : لا ؛ لعدم لزومه في الحال .

ومحل الخلاف : إذا كان الخيار للمشتري، أو لهما، أما إذا كان للبائع وحده . . فيصحُّ قطعاً ؛ لأن الدين لازم في حقِّ من عليه ، كذا نقلاه عن المتولي وأقراه ، وجزم به في « الشرح الصغير »، واستشكله في « المهمات » تبعاً للسبكي بأنه إذا كان الخيار للبائع . . فالملك في المبيع له بلا خلاف ، أو على الصحيح . . فلا ثمن حينئذ على المشتري فضلاً عن كونه لازماً ، فكيف يصحُّ ضمانه بلا خلاف مع حكاية الخلاف في عكسه . انتهىٰ[2] .

وأشار الإمام إلىٰ أن تصحيح الضمان مفرع علىٰ أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، وإلا . . فهو ضمان ما لم يجب ، كذا نقلاه عنه وأقراه[3] ، ولعل ما قاله المتولي مفرع علىٰ ذلك .

(**وضمان الجُعل كالرهن به**) لأن كلاً منهما للتوثق ، وقد مرّ أنه يصحُّ الرهن به بعد الفراغ لا قبله .

---

(١) في (أ) : (وكونه لازماً كنجوم كتابة) .

(٢) الشرح الكبير (٥/١٥٦) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٥٠) ، المهمات (٥/ ٤٩٤) .

(٣) الشرح الكبير (٥/١٥٦) ، روضة الطالبين (٤/ ٢٥٠) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَٱلإِبْرَاءُ مِنَ ٱلْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي ٱلْجَدِيدِ إِلاَّ مِنْ إِبِلِ ٱلدِّيَةِ ، وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَىٰ زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ) . . فَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِناً لِعَشَرَةٍ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ : لِتِسْعَةٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

والفرق بين الجعل والثمن في مدة الخيار : أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل ، بخلاف الثمن .

(**وكونه معلوماً**) جنساً وقدراً وصفةً (**في الجديد**) لأنه إثباتُ مال في الذمة لآدمي بعقد ، فلم يصحَّ مع الجهالة ؛ كالثمن ، **والقديم** : صحته ؛ لأن معرفته متيسرة .

ومحل الخلاف : في مجهول تُمكن الإحاطةُ به ؛ مثل : أنا ضامن لثمن ما بعت من زيد ؛ كما مثّل به في « المحرر »[1] ، فإن قال : لشيء منه . . بطل جزماً .

وبقي للضمان شرط رابع ذكره الغزالي ، وهو : كونه قابلاً لأن يتبرع الإنسان به علىٰ غيره ، فيخرج القصاص ، وحدّ القذف ، والأخذ بالشفعة .

(**والإبراء من المجهول**) جنساً أو صفة أو قدراً (**باطل في الجديد**) لأن البراءة متوقفة على الرضا ، ولا يعقل مع الجهالة ، **والقديم** : **أنه صحيح** ؛ لأنه إسقاط محض ؛ كالإعتاق .

(**إلا من إبل الدية**) فإنه يصحُّ الإبراء منها على القولين وإن كانت مجهولةَ الصفة ؛ لأنا أثبتناها في ذمة الجاني مع اعتقاد هـٰذه الجهالة[2] ، فكذا هنا .

(**ويصحُّ ضمانها في الأصحِّ**) كالإبراء ، **والثاني** : لا ؛ لجهالة وصفها ، والإبراء مطلوب فوسعنا فيه ، بخلاف الضمان .

(**ولو قال : « ضمنت ممّا لك علىٰ زيد من درهم إلىٰ عشرة » . . فالأصحُّ : صحته**) لانتفاء الغرر بذكر الغاية ، **والثاني** : المنع ؛ لجهالة المقدار ؛ لتردده بين الغايتين .

(**وأنه يكون ضامناً لعشرة**) إن كانت عليه ، أو كان عليه أكثر منها ؛ إدخالاً للغايتين في الالتزام ، (**قلت : الأصحُّ : لتسعة ، والله أعلم**) إدخالاً للطرف الأول ؛ لأنه مبتدأ

---

(١) المحرر (ص ١٩٠) .

(٢) في (ب) و(د) : (مع اعتبار هـٰذه الجهالة) .

فَصْلٌ

[في كفالة البدن]

ٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ كَفَالَةِ ٱلْبَدَنِ ، فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ . . لَمْ يُشْتَرَطِ ٱلْعِلْمُ بِقَدْرِهِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ . وَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لآدَمِيٍّ ؛ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ ٱللهِ تَعَالَىٰ . . . .

الالتزام ، **وقيل** : يكون ضامناً لثمانية ؛ إخراجاً للطرفين ؛ لأنها اليقين .

ولم يصحح الرافعي في « الشرحين » هنا ولا في نظيره من (الإقرار) شيئاً ، بل نقل تصحيح العشرة هنا وهناك عن البغوي ، ورجحه هنا في « المحرر »[(١)] ، ونقل هناك تصحيحَ التسعة عن العراقيين والغزالي ، وصححه في « المحرر » هناك[(٢)] .

* * *

(**فصل : المذهب : صحة كفالة البدن**) لإطباق الناس عليها ومسيس الحاجة إليها ، **وفي قول** : لا تصحُّ ؛ لأن الحرَّ لا يدخل تحت اليد ، ولا يقدر علىٰ تسليمه ، **والطريق الثاني** : القطع بالأول .

(**فإن كفل بدن من عليه مال . . لم يُشترط العلم بقدره**) لأن الكفالة بالبدن لا بالمال .

(**ويُشترط كونه**) أي : المال المطالب به (**ممّا يصحُّ ضمانه**) فلا يصحُّ ببدن المكاتب للنجوم التي عليه ؛ كضمانها .

(**والمذهب : صحتها ببدن من عليه عقوبة لآدمي ؛ كقصاص وحدِّ قذف**) لأنه حقٌّ لازم ، فأشبه المال ، **وفي قول** : لا ؛ لأن العقوبات مبنية على الدرء ، **وقيل** : تصحُّ قطعاً ، **وقيل** : لا قطعاً .

والخلاف مبني علىٰ أنه إذا مات . . هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين ؟ إن قلنا : نعم . . لم يصحَّ ، وإلا . . صحت .

(**ومنعها في حدود الله تعالىٰ**) كحدِّ الخمر والزنا والسرقة ؛ لأن مبناها على

---

(١) وفي « المحرر » المطبوع ترجيحُ التسعة .

(٢) الشرح الكبير (٥/١٥٨ ، ٣١٤) ، المحرر (ص ١٩٠ ، ٢٠٤) .

وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَمَحْبُوسٍ وَغَائِبٍ وَمَيِّتٍ لِيُحْضِرَهُ فَيُشْهَدَ عَلَىٰ صُورَتِهِ . ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ ٱلتَّسْلِيمِ . . تَعَيَّنَ ، وَإِلاَّ . . فَمَكَانُهَا . وَيَبْرَأُ ٱلْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ ٱلتَّسْلِيمِ بِلاَ حَائِلٍ ؛ كَمُتَغَلِّبٍ ، وَبِأَنْ يَحْضُرَ ٱلْمَكْفُولُ وَيَقُولَ : (سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ ٱلْكَفِيلِ) ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ . فَإِنْ غَابَ . . لَمْ يَلْزَمِ ٱلْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ ، . . . .

الإسقاط ، وقيل : قولان : **ثانيهما** : الصحة ؛ كحدود الآدميين .

(**وتصحُّ ببدن صبي ومجنون**) لأنه قد يستحق إحضارهما إلىٰ مجلس الحكم لإقامة الشهادة علىٰ صورتهما في الإتلافات وغيرها ، ثم إن تكفل بإذن وليهما . . فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة ، وإلا . . فكالكفالة ببدن البالغ العاقل بغير إذنه .

(**ومحبوس وغائب**) بإذنه كما سيأتي وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال ؛ كما يصحُّ أن يضمن المعسر المال .

(**وميت ليُحضِره فيُشهدَ علىٰ صورته**) لأنه قد يحتاج إلىٰ إحضاره للشهادة علىٰ عينه إذا تحملوها كذلك ، ولم يعرفوا نسبه ، قال الإسنوي : ومحلُّ هـٰذا قبل الدفن ، وإلا . . لم تصحَّ الكفالة وإن لم يتغير ؛ كما دلَّ عليه كلامهم فيها إذا مات بعد الكفالة(1) .

(**ثم إن عَيَّن مكان التسليم . . تعين ، وإلا**) أي : وإن أطلق (. . **فمكانها**) أي : مكان الكفالة ؛ لأن العرف قاض بذلك .

(**ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم بلا حائل ؛ كمتغلب**) لقيامه بما وجب عليه ، فلو كان هناك متغلب يمنعه عنه . . لم يلزمه قبوله ؛ لعدم حصول المقصود .

(**وبأن يحضر المكفول ويقول : « سلّمت نفسي عن جهة الكفيل »**) كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل الدين .

(**ولا يكفي مجرد حضوره**) بلا قوله : (سلمت نفسي عن الكفالة) ؛ لأنه لم يسلمه إليه ولا إلىٰ أحد من جهته .

(**فإن غاب . . لم يلزم الكفيلَ إحضاره إن جهل مكانه**) لعدم إمكانه ، فأشبه المعسر

---

(1) في (ب) و(د) : (فيما إذا مات بعد الكفالة) .

وَإِلاَّ . . فَيَلْزَمُهُ ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ . . حُبِسَ ، وَقِيلَ : إِنْ غَابَ إِلَىٰ مَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ . . لاَ يُطَالَبُ ٱلْكَفِيلُ بِٱلْمَالِ ، . . . .

بالدين ، (**وإلا . . فيلزمه**) إذا كان الإحضار ممكناً بأمن الطريق ، ولا ثم من يمنعه منه ؛ كما لو كان مال المديون غائباً . . فإنه يلزمه إحضاره ، ولو احتاج الكفيل إلىٰ غرامة . . كانت في ماله .

(**ويمهل مدة ذهاب وإياب**) لأنه الممكن ، قال الإسنوي : وينبغي أن يعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين ، وهي : ثلاثة أيام غير يوم الدخول والخروج[1] ؛ للاستراحة وتجهيز المكفول ، ولم أره مسطوراً .

(**فإن مضت**) المدة المذكورة (**ولم يحضره . . حُبس**) إن لم يؤد الدين ؛ لتقصيره ، قال في « المطلب » : ويدام حبسه إلىٰ أن يتعذر إحضاره بموت ، أو جهل مكان ، أو إقامته عند من يمنعه ، (**وقيل : إن غاب إلىٰ مسافة القصر . . لم يلزمه إحضاره**) كالولي وشاهد الأصل ؛ فإن غيبتهما إلىٰ هـٰذه المسافة كالغيبة المنقطعة ، **والراجح** : اللزوم ؛ كغيبة مال المديون في هـٰذه المسافة . . فإنه يؤمر بإحضاره ، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين أن تطرأ الغيبة أو يكون غائباً وقت الكفالة .

(**والأصحُّ : أنه إذا مات ودفن . . لا يطالب الكفيلُ بالمال**) لأنه لم يلتزمه ، **والثاني** : نعم ؛ لأنه وثيقة ؛ كالرهن .

وعلىٰ هـٰذا : هل يطالب بالدين أم بالأقلِّ من الدين ودية المكفول ؟ فيه وجهان بناء علىٰ أن السيد يفدي العبد الجاني بالأرش أم بالأقلِّ ، قال في « زيادة الروضة » : **المختار** : أنه يطالب بالدين ؛ فإن الدية غيرُ مستحقة ، بخلاف قيمة العبد[2] .

وظاهر إطلاق المصنف : أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يُخلِّف المكفول وفاءً أم لا ، قال السبكي : **وظاهر كلامهم** : اختصاصه بما إذا لم يُخلِّف ذلك .

واحترز بـ(المال) : عن العقوبة ؛ فإنه لا **يطالب** بها جزماً .

---

(١) في (د) : (غير يومي الدخول والخروج) .
(٢) روضة الطالبين (٤/٢٥٨) .

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ فِي ٱلْكَفَالَةِ أَنَّهُ يَغْرَمُ ٱلْمَالَ إِنْ فَاتَ ٱلتَّسْلِيمُ . بَطَلَتْ ، وَأَنَّهَا لاَ تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا ٱلْمَكْفُولِ .

فَصْلٌ
[في صيغتي الضمان والكفالة]

يُشْتَرَطُ فِي ٱلضَّمَانِ وَٱلْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِٱلِٱلْتِزَامِ ؛ كَـ(ضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ) ، أَوْ (تَحَمَّلْتُهُ) ، أَوْ (تَقَلَّدْتُهُ) ، أَوْ (تَكَفَّلْتُ بِبَدَنِهِ) ، أَوْ (أَنَا بِٱلْمَالِ ، أَوْ بِإِحْضَارِ ٱلشَّخْصِ ضَامِنٌ) ، أَوْ (كَفِيلٌ) ، أَوْ ....

(**وأنه لو شرط في الكفالة أنه يغرم المال إن فات التسليم**) كقوله : (كفلت بدنه بشرط الغرم) ونحوه (. . **بطلت**) لأنه شرَط ما ينافيها ، وهٰذا بناء علىٰ أنه لا يغرم عند الإطلاق ، **والثاني** : يصحُّ ؛ بناء علىٰ مقابله ، فإن قال : (كفلت بدنه ؛ فإن مات فعليَّ المال) . . صحت الكفالة ، وبطل الالتزام . قاله الماوردي[1] .

(**وأنها لا تصحُّ بغير رضا المكفول**) بناء علىٰ أنه لا يغرم المال عند العجز ؛ لأنه لا فائدة لها ؛ لأنه لا يلزمه الحضور معه ، والفرض : أنه لا يلزمه المال ، **والثاني** : تصحُّ ؛ بناء علىٰ أنه يغرم فيلزمه المال ؛ لأنه عاجز .

ومحل الخلاف : ما إذا تكفل بعد ثبوت المال ، أما قبله . . فلا تصحُّ بدون إذنه قطعاً ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي الحسين ، وجرىٰ عليه البغوي[2] .

❊ ❊ ❊

(**فصل : يشترط في الضمان والكفالة**) للبدن (**لفظ يشعر بالالتزام**) كغيره من العقود .

وقوله : (لفظ) : يخرج الخط ، وإشارة الأخرس المفهمة ، مع أن الضمان ينعقد بهما .

(**كـ« ضمنت**) لك (**دينك عليه** » ، **أو** « **تحمّلته** » ، **أو** « **تقلّدته** » ، **أو** « **تكفّلت ببدنه** » ، **أو** « **أنا بالمال ، أو بإحضار الشخص ضامن** » ، **أو** « **كفيل** » ، **أو**

---

(١) الحاوي الكبير (٨/١٤٩) .
(٢) كفاية النبيه (١٠/١٧٥) ، التهذيب (٤/١٨٩) .

(زَعِيمٌ) ، أَوْ (حَمِيلٌ) . وَلَوْ قَالَ : (أُؤَدِّي ٱلْمَالَ أَوْ أُحْضِرُ ٱلشَّخْصَ) . . فَهُوَ وَعْدٌ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ ، وَلاَ تَوْقِيتُ ٱلْكَفَالَةِ ، وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ ٱلإِحْضَارِ شَهْراً . . جَازَ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ ٱلْحَالِّ مُؤَجَّلاً أَجَلاً مَعْلُوماً ، .

« زعيم » ، أو « حميل ») لثبوت بعضها بالنصِّ ، والباقي بالقياس مع اشتهارها ، ومن ألفاظه : (التزمت) ، (وأنا به قبيل) ، وكذا (عليّ ما علىٰ فلان) كما ذكره الرافعي في (الإقرار)[1] .

ولو قال : (خلِّ عن فلان والدين الذي عليه عندي) . . فليس بصريح ، وكذا دين فلان إلي على **الأقوىٰ في « زيادة الروضة »**[2] .

(**ولو قال : « أؤدي المال ، أو أحضر الشخص » . . فهو وعد**) وليس التزاماً ؛ لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام .

نعم ؛ إن احتفت به قرينة تصرفه إلى الإنشاء . . قال في « المطلب » : فينبغي أن يصحَّ ، ولكني لم أره .

(**والأصحُّ : أنه لا يجوز تعليقهما**) يعني : الضمان والكفالة (**بشرط**) كالبيع ، **والثاني** : يجوز ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما ، فجاز تعليقهما ؛ كالطلاق والعتاق .

(**ولا توقيت الكفالة**) كضمان المال ، **وصورته** : أنا كفيل به إلىٰ شهر ، وبعده أنا بريء ، **والثاني** : يجوز ؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هـٰذه المدة ، بخلاف المال ؛ فإن المقصود منه الأداء .

(**ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهراً**) كقوله : (ضمنت إحضاره بعد شهر) (. . **جاز**) لأنه التزام لعمل في الذمة ، فجاز مؤجلاً ؛ كالعمل في الإجارة .

واحترز بذكر الشهر : عما إذا ذكر زمناً مجهولاً ؛ **فإن الأصحَّ** : البطلان .

(**وأنه يصحُّ ضمان الحالِّ مؤجلاً أجلاً معلوماً**) لأن الضمان تبرع وتدعو الحاجة إليه ، فصححناه علىٰ حسب ما التزمه ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ للاختلاف .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٣٧) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٦٠) .

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ ٱلْمُؤَجَّلِ حَالاً ، وَأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ ٱلتَّعْجِيلُ . وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ ٱلضَّامِنِ وَٱلأَصِيلِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ ٱلأَصِيلِ . وَلَوْ أَبْرَأَ ٱلأَصِيلَ . . بَرِىءَ ٱلضَّامِنُ ، وَلاَ عَكْسَ . . . .

وقوله : (الحالّ) أحسن من قول « المحرر » : (ضمان المال الحال)[1] ؛ لشموله من تكفّل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالة حالة .

(**وأنه يصحُّ ضمان المؤجل حالاً**) ؛ لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصحَّ ؛ كأصل الضمان ، **والثاني** : **لا** ؛ للمخالفة .

(**وأنه لا يلزمه التعجيل**) كما لو التزم الأصيل التعجيل ، **والثاني** : يلزمه ؛ كأصل الضمان .

فعلى الأول : هل يثبت الأجل في حقه مقصوداً أو تبعاً ؟ وجهان تظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل ؛ فإن جعلناه في حقِّه تابعاً . . حلَّ عليه ، وإلا . . فلا ، كما لو مات المضمون **على الصحيح** .

(**وللمستحق مطالبة الضامن**) لحديث : « ٱلزَّعِيمُ غَارِمٌ »[2] ، (**والأصيل**) لأن الضمان معناه : ضمّ ذمة إلىٰ ذمة ، والغرض به : التوثق .

(**والأصحُّ** : **أنه لا يصحُّ**) الضمان (**بشرط براءة الأصيل**) لمنافاته مقتضاه ، **والثاني** : يصحُّ الضمان والشرط ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ضمان أبي قتادة : « هُمَا عَلَيْكَ ، وَفِي مَالِكَ ، وَٱلْمَيِّتُ مِنْهُمَا بَرِيءٌ » ، فقال : نعم ، صحح الحاكم إسناده[3] .

وقيل : يصحُّ الضمان دون الشرط .

(**ولو أبرأ الأصيلَ** . . **برىء الضامن**) لسقوط الحقِّ (**ولا عكس**) لأنه إسقاط وثيقة ، فلا يسقط بها الدين ؛ كفك الرهن .

وفي معنى الإبراء : أداء الدين ، والاعتياض عنه ، والحوالة به وعليه .

---

(١) المحرر (ص ١٩١) .
(٢) سبق تخريجه (ص ٢٢٢) .
(٣) المستدرك (٢/ ٥٨) .

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ ٱلآخَرِ . وَإِذَا طَالَبَ ٱلْمُسْتَحِقُّ ٱلضَّامِنَ . . فَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِٱلأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ . وَلِلضَّامِنِ ٱلرُّجُوعُ عَلَى ٱلأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي ٱلضَّمَانِ وَٱلأَدَاءِ ، وَإِنِ ٱنْتَفَىٰ فِيهِمَا . . فَلاَ ، . . . .

قال في « العجالة » : (فلو عبر بقوله : « بريء » . . كان أشمل) . انتهىٰ[1] ، وفيه نظر ؛ فإنه تقييد قوله : (ولا عكس) ، فإنه لو بريء الكفيل بالأداء . . بريء الأصيل ، فالتعبير بالإبراء في الثانية . . متعين .

(ولو مات أحدهما . . حلّ عليه) لوجود سبب الحلول (دون الآخر) لأنه حي يرتفق بالأجل .

(وإذا طالب المستحِقُّ الضامن . . فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه) كما أنه يغرمه إذا غرم ، ومعنى التخليص : أنه يؤدي دين المضمون له ؛ ليبرأ الضامن .

(والأصحُّ : أنه لا يطالبه قبل أن يطالَب) لأنه لم يغرم شيئاً ، ولا طولب بشيء ، والثاني : نعم ؛ كما لو استعار عيناً للرهن ورهنها . . فإن للمالك مطالبتَه بفكها .

وفرق الأول : بأن الرهن محبوس بالدين ، وفيه ضرر ظاهر ، والضامن ليس محبوساً به .

ومحل الخلاف : إذا كان الدين حالاً ، فأما إذا كان مؤجلاً . . فليس له مطالبته قطعاً ، نبه عليه صاحب « المعين » ، وهو ظاهر .

(وللضامن الرجوع على الأصيل إن وُجِد إذنُه في الضمان والأداء) لأنه صرف ماله إلىٰ منفعة الغير بإذنه ، فأشبه ما لو قال : (اعلف دابتي) فعلفها ، هٰذا إذا أدىٰ من ماله ، أما لو أخذ من سهم الغارمين وأدىٰ به الدين . . لم يرجع ، خلافاً للمتولي ؛ كما ذكراه في (قسم الصدقات)[2] .

(وإن انتفىٰ فيهما) أي : في الضمان والأداء (. . فلا) لأنه متبرع .

---

(١) عجالة المحتاج (٢/٨٢٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧/٣٩٣) ، روضة الطالبين (٢/٣١٨) .

وَإِنْ أَذِنَ فِي ٱلضَّمَانِ فَقَطْ . . رَجَعَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ عَكْسَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَدَّىٰ مُكَسَّراً عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالَحَ عَنْ مِئَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ إِلاَّ بِمَا غَرِمَ . وَمَنْ أَدَّىٰ دَيْنَ غَيْرِهِ بِلاَ ضَمَانٍ وَلاَ إِذْنٍ . . فَلاَ رُجُوعَ ، . . . .

(**وإن أذن في الضمان فقط**) بأن سكت عن الأداء (. . **رجع في الأصحِّ**) لأن الضمان يوجب الأداءَ ، فكان الإذن فيه إذناً لما يترتب عليه ، **والثاني** : لا ؛ لانتفاء الإذن في الأداء .

وعلى الأول : يستثنىٰ ما إذا كان الضمان بالإذن قد ثبت بالبينة وهو مُنكِر ؛ كما لو ادعىٰ علىٰ زيد وغائب ألفاً ، وإن كلاًّ منهما ضمن ما على الآخر ، فأنكر زيد ، فأقام المدعي بذلك بينة وأخذ من زيد . . **فالأصح** : أن زيداً لا يرجع على الغائب بالنصف إذا كان مكذباً للبينة ؛ لأنه مظلوم بزعمه ؛ فلا يطالب غير ظالمه .

(**ولا عكس في الأصحِّ**) أي : وهو ما إذا ضمن بغير الإذن ، وأدىٰ بالإذن ؛ لأن وجوب الأداء سببُه الضمان ، ولم يأذن فيه ، **والثاني** : يرجع ؛ لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه .

ولو أذن في الأداء بشرط الرجوع . . ففيه احتمالان للإمام ، صحح في « زيادة الروضة » منهما الرجوع[١] .

(**ولو أدىٰ مكسَّراً عن صحاح ، أو صالح عن مئةٍ بثوب قيمتُه خمسون . . فالأصحُّ : أنه لا يرجع إلا بما غرم**) لأنه الذي بذله ، **والثاني** : يرجع بالصحاح والمئة ؛ لحصول براءة الذمة به ، والنقصان جرىٰ من ربِّ المال مسامحة .

نعم ؛ لو باعه الثوب بمئة وتقاصا . . رجع بالمئة بلا خلاف .

ولو باعه الثوب **بما** ضمنه له عن فلان . . **فالمختار في « زيادة الروضة »** : أنه يصحُّ البيع ، ويرجع **بما** ضمنه لا بالأقل[٢] .

(**ومن أدىٰ دين غيره بلا ضمان ولا إذن . . فلا رجوع**) ؛ لتبرعه ، وبرىء المدين .

---

(١) نهاية المطلب (٧/٧) ، روضة الطالبين (٤/٢٦٦) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٦٧) .

وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ ٱلرُّجُوعِ . . رَجَعَ ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقاً فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَىٰ غَيْرِ جِنْسِ ٱلدَّيْنِ لاَ تَمْنَعُ ٱلرُّجُوعَ . ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ ٱلضَّامِنُ وَٱلْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِٱلأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلاً وَٱمْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ . . فَلاَ رُجُوعَ إِنْ أَدَّىٰ فِي غَيْبَةِ ٱلأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

(وإن أذن بشرط الرجوع . . رجع) لقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ »[1] .

(وكذا إن أذن مطلقاً في الأصحِّ) للعرف ، **والثاني** : لا يرجع ؛ لأنه لم يوجد منه سوى الإذن في الأداء ، وليس من ضرورة الأداء الرجوع ، **وعلى الأصحِّ** : الفرق بين هـٰذا وبين ما لو قال : (اغسل ثوبي) ونحو ذلك من غير اشتراط شيء ـ **فإن الأصحَّ** : أنه لا يستحق أجرة ـ : أن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان .

(والأصحُّ : أن مصالحته علىٰ غير جنس الدين لا تمنع الرجوع) لأن الإذن إنما يقصد البراءة ، وقد حصلت ، **والثاني** : يمنع ؛ لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة .

(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي إذا أشهد بالأداء رجلين[2] ، أو رجلاً وامرأتين) ؛ لثبوت الحق بذلك .

(وكذا رجلٌ ليحلف معه في الأصحِّ) لأنه كاف في إثبات الأداء ، **والثاني** : لا ؛ لأنهما قد يترافعان إلىٰ قاض لا يرى القضاء بشاهد ويمين ، فكان ذلك ضرباً من التقصير .

(فإن لم يُشهد) وأنكر رب المال (. . فلا رجوع إن أدىٰ في غيبة الأصيل وكذَّبه) الأصيل ؛ لأن الأصل عدمُ الأداء ، وهو مقصر بترك الإشهاد .

(وكذا إن صدقه في الأصحِّ) لأنه لم يؤدِّ ما ينتفع به الأصيلُ ؛ لأن المطالبة باقية ،

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في الإجارة ، باب : أجر السمسرة ، والحاكم (٢/ ٤٩) ، والبيهقي (٦/ ٧٩) عن عائشة رضي الله عنها .

(٢) في (ب) و(د) : (إذا أشهدا بالأداء رجلين) .

وَإِنْ صَدَّقَهُ ٱلْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّىٰ بِحَضْرَةِ ٱلأَصِيلِ . . رَجَعَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

والثاني(١) : يرجع ؛ لاعترافه أنه أبرأ ذمته بإذنه .

(وإن صدقه المضمون له)(٢) ، وكذبه المضمون عنه (**أو أدىٰ بحضرة الأصيل . . رجع على المذهب**) **أما في الأولىٰ** . . فلسقوط الطلب بإقرار المستحق ، وإقرارُه أقوىٰ من البينة ، **ووجه مقابله** : أن قول ربِّ المال لا يكون حجةً على الأصيل ، ويحتمل أن يكون أبرأه ، **وأما في الثانية** . . فلأنه في الغيبة مستبد بالأمر ، فعليه الاحتياط والتوثق ، وإذا كان الأصيل حاضراً . . فهو أولىٰ بالاحتياط ، والتقصيرُ بترك الإشهاد منسوبٌ إليه ، **ووجه مقابله** : القياس علىٰ ما إذا أداه في غيبته .

* * *

---

(١) فائدة : في « فتاوى الحناطي » : أن من مات وعليه دين هل يتعلق به الدائن في الآخرة أو آخر ورثته ؟ فأجاب : يرثه الله في آخر الأمر ، ثم يرده إليه في القيامة ، وإن كان قد أدىٰ إلىٰ بعض ورثته . . خرج عن المظلمة لا بقدر ما سوّف وماطل ، فيتعلق به كذلك ، قال : وفيه وجه لأصحابنا : يكون لآخر من مات من الوارثين ، كذا نقله عنه في « العجالة » [٢/ ٨٢٦] وفيه نظر ، فليتأمل . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (ب) و(د) : (فإن صدقه) .

كتاب الشّركة

هِيَ أَنْوَاعٌ : شَرِكَةُ ٱلأَبْدَانِ ؛ كَشَرِكَةِ ٱلْحَمَّالِينَ وَسَائِرِ ٱلْمُحْتَرِفَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا مُتَسَاوِياً أَوْ مُتَفَاوِتاً مَعَ ٱتِّفَاقِ ٱلصَّنْعَةِ أَوِ ٱخْتِلاَفِهَا . وَشَرِكَةُ ٱلْمُفَاوَضَةِ ؛ لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا كَسْبُهُمَا وَعَلَيْهِمَا مَا يَعْرِضُ مِنْ غُرْمٍ . وَشَرِكَةُ ٱلْوُجُوهِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِكَ ٱلْوَجِيهَانِ لِيَبْتَاعَ كُلٌّ مِنْهُمَا بِمُؤَجَّلٍ لَهُمَا ، فَإِذَا بَاعَا . . كَانَ ٱلْفَاضِلُ عَنِ ٱلأَثْمَانِ بَيْنَهُمَا . وَهَـٰذِهِ ٱلأَنْوَاعُ بَاطِلَةٌ . . . .

(كتاب الشركة)

هي بكسر الشين وإسكان الراء ، **وقيل** : بفتح الشين وكسر الراء . **وهي في اللغة** : الاختلاط ، **وفي الشرع** : ثبوت الحقِّ في الشيء الواحد لشخصين فصاعداً علىٰ جهة الشيوع .

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ ﴾ الآية ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « يَقُولُ ٱللهُ تَعَالَىٰ : أَنَا ثَالِثُ ٱلشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، فَإِذَا خَانَ . . خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا » رواه أبو داوود والحاكم ، وقال : صحيح الإسناد[1] .

(**هي أنواع**) أربعة (**شركة الأبدان ؛ كشركة الحمالين وسائر المحترفة ؛ ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً مع اتفاق الصنعة أو اختلافها**) ، كنجار وخياط .

(**وشركة المفاوضة ؛ ليكون بينهما كسبهما**) سواء كان بالبدن ، أو المال من غير خلط مال ، (**وعليهما ما يعرض من غرم**) بغصب ، أو إتلاف ، أو بيع فاسد .

(**وشركة الوجوه ؛ بأن يشترك الوجيهان ؛ ليبتاع كلٌّ منهما بمؤجل لهما ، فإذا باعا . . كان الفاضل عن الأثمان بينهما ، وهـٰذه الأنواع باطلة**) **أما الأول** : فلأن كلَّ واحد منهما متميزٌ ببدنه ومنافعه ، فيختصُّ بفوائده ؛ كما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ؛ ليكون الدَّرُّ والنَّسْل بينهما ، **وأما الثاني** : فلاشتمالها علىٰ أنواع من الغرر ،

---

(١) سنن أبي داوود (٣٣٨٣) ، المستدرك (٢/ ٥٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وَشَرِكَةُ ٱلْعِنَانِ صَحِيحَةٌ ، وَيُشْتَرَطُ فِيهَا : لَفْظٌ يَدُلُّ عَلَى ٱلإِذْنِ فِي ٱلتَّصَرُّفِ ، فَلَوِ ٱقْتَصَرَا عَلَىٰ : (ٱشْتَرَكْنَا) . . لَمْ يَكْفِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِيهِمَا : أَهْلِيَّةُ ٱلتَّوْكِيلِ وَٱلتَّوَكُّلِ . . . . .

ولهٰذا قال الشافعي رضي الله عنه : لا أعرف في الدنيا شيئاً باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القمار إلا هٰذا ، أو أقلّ منه[1] ، **وأما الثالث** : فلأنها شركة من غير مال ، وما اشتراه كلٌّ واحد منهما . . فهو ملكه ، له ربحه وعليه غرمه .

وسميت شركةُ المفاوضة بذلك من قولهم : (تفاوضا في الحديث) إذا شرعا فيه جميعاً .

(**وشركة العنان**) بكسر العين (**صحيحة**) بالإجماع ، مأخوذة من عنان الدابة ، أو من عَنَّ الشيء : إذا ظهر ؛ لأن جوازها ظاهر .

(**ويشترط فيها**) من الناطق (**لفظ يدلُّ على الإذن في التصرف**) من واحد للآخر في نصيب نفسه ؛ لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه إلا بإذن صاحبه ، ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدلُّ عليه ، وإشارة الأخرس المفهمة كاللفظ من الناطق على **المذهب** .

(**فلو اقتصرا علىٰ** : « **اشتركنا** » . . **لم يكف في الأصحِّ**) لاحتمال كونه إخباراً عن حصول الشركة في المال ، ولا يلزم من حصول الشركة جوازُ التصرف ، بدليل الموروث ، **والثاني** : يكفي ؛ لفهم المقصود عرفاً .

(**وفيهما**) أي : ويشترط في الشريكين (**أهلية التوكيل والتوكل**) علىٰ ما سيأتي ؛ لأن كلَّ واحد منهما وكيلٌ عن صاحبه في شيء وموكِّلُه في شيء آخر ، هٰذا إذا أذن كلُّ واحد منهما للآخر في التصرف ، فإن كان المتصرف أحدهما فقط . . اشترط فيه أهليةُ التوكل ، وفي الآذن . . أهلية التوكيل ، حتىٰ يصحَّ أن يكون الثاني أعمىٰ دون الأول ، قاله في « المطلب » .

وقضية إطلاق المصنف : أنه يجوز للولي عقد الشركة علىٰ مال محجوره ، قال في « المطلب » : وهو قضية كلامهم ، وقد يقال : بمنعها ؛ لاستلزامها خلطَ ماله قبل العقد بلا مصلحة ، بل قد يؤثر نقصاً .

---

(١) الأم (٤/٤٨٧) .

وَتَصِحُّ فِي كُلِّ مِثْلِيٍّ دُونَ ٱلْمُتَقَوِّمِ ، وَقِيلَ : تَخْتَصُّ بِٱلنَّقْدِ ٱلْمَضْرُوبِ . وَيُشْتَرَطُ خَلْطُ ٱلْمَالَيْنِ بِحَيْثُ لاَ يَتَمَيَّزَانِ ، وَلاَ يَكْفِي ٱلْخَلْطُ مَعَ ٱخْتِلاَفِ جِنْسٍ ، أَوْ صِفَةٍ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ ، هَـٰذَا إِذَا أَخْرَجَا مَالَيْنِ وَعَقَدَا ، فَإِنْ مَلَكَا مُشْتَرَكاً بِإِرْثٍ وَشِرَاءٍ وَغَيْرِهِمَا وَأَذِنَ كُلٌّ لِلآخَرِ فِي ٱلتِّجَارَةِ فِيهِ . . تَمَّتِ ٱلشَّرِكَةُ . وَٱلْحِيلَةُ فِي ٱلشَّرِكَةِ فِي ٱلْعُرُوضِ : أَنْ يَبِيعَ كُلُّ وَاحِدٍ بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ ٱلآخَرِ وَيَأْذَنَ لَهُ فِي ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

(وتصحُّ في كلِّ مثلي) أما النقدان . . فبالإجماع ، وأما غير النقدين ؛ كالقمح ونحوه . . **فعلى الأظهر** ؛ لأنه إذا اختلط بجنسه . . ارتفع التمييز ، فأشبه النقدين .

(دون المتقوم) بكسر الواو ؛ لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات ، وحينئذ قد يتلف مال أحدهما أو ينقص ، فلا يمكن قسمة الآخر بينهما .

وقضية **كلامه** تبعاً لـ« أصله » : أنه لا تصحُّ الشركة على النقد المغشوش ؛ لأنه من المتقومات[1] ، **والأصح في « زيادة الروضة »** : صحتها إذا استمر رواجُها في البلد[2] .

(وقيل : **تختصُّ بالنقد المضروب**) كالقراض (**ويشترط خلط المالين**) قبل العقد (**بحيث لا يتميزان**) لما ذكرناه في امتناع المتقوم .

(**ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس**) كدراهم ودنانير ، (**أو صفة ؛ كصحاح ومكسرة**) لإمكان التمييز (**هـٰذا إذا أخرجا مالين وعقدا ؛ فإن ملكا مشتركاً بإرث وشراء وغيرِهما وأذن كلٌّ للآخر في التجارة فيه . . تمت الشركة**) ؛ لأن المعنى المقصود بالخلط حاصلٌ .

(**والحيلة في الشركة في العروض : أن يبيع كلُّ واحد بعض عَرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف**) بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع ، وحينئذ فيملكانه بالسوية إن بيع نصفٌ بنصف ، فإن بيع ثلث بثلثين ، أو ربع بثلاثة أرباع ؛ لأجل تفاوتهما في القيمة . . ملكاه علىٰ هـٰذه النسبة ، وسواء تجانس العرضان أو اختلفا .

وكان **ينبغي أن يقول** : (والحيلة في المتقومات) لأن الشركة في المثليات جائزةٌ

---

(١) المحرر (ص ١٩٣) .
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٧٦) .

وَلاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلْعِلْمُ بِقَدْرِهِمَا عِنْدَ ٱلْعَقْدِ . وَيَتَسَلَّطُ كُلٌّ مِنْهُمَا عَلَى ٱلتَّصَرُّفِ بِلاَ ضَرَرٍ ؛ فَلاَ يَبِيعُ نَسِيئَةً وَلاَ بِغَيْرِ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ وَلاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ وَلاَ يُسَافِرُ بِهِ وَلاَ يُبْضِعُهُ بِغَيْرِ إِذْنٍ . وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ مَتَىٰ شَاءَ ، وَيَنْعَزِلاَنِ عَنِ ٱلتَّصَرُّفِ بِفَسْخِهِمَا ، فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا : (عَزَلْتُكَ) ، أَوْ (لاَ تَتَصَرَّفْ فِي نَصِيبِي) . . لَمْ يَنْعَزِلِ ٱلْعَازِلُ . . . .

بالخلط مع أنها من العروض ؛ إذ العرض ما عدا النقد .

وقوله : (كلُّ واحد) الأولىٰ حذف لفظة (كلّ) فإنه لو باع أحدهما بعضَ عرضه ببعض عرض الآخر . . حصل الغرض .

(**ولا يشترط تساوي قدرِ المالين**) بل تثبت الشركة مع التفاوت علىٰ نسبة المالين ؛ لأنه لا محذور فيه ؛ إذ الربح والخسران علىٰ قدر المالين ؛ كما سيأتي .

(**والأصحُّ : أنه لا يشترط العلم بقدرهما**) أي : المالين من جهة النسبة ؛ بأن يعرفا أن المال بينهما مثالثة أو مناصفة (عند العقد) إذا أمكن معرفته من بعد ، بمراجعة حساب أو وكيل ، كذا قيده الرافعي[1] ؛ لأن الحقَّ لا يعدوهما ، وقد تراضيا ، **والثاني** : يشترط ، وإلا . . يؤدي إلىٰ جهل كلٍّ منهما بما أَذن فيه ، وبما أُذن له فيه .

(**ويتسلط كلٌّ منهما على التصرف بلا ضرر ؛ فلا يبيع نسيئة ، ولا بغير نقد البلد ، ولا بغبن فاحش**) ولا يشتري ، (**ولا يسافر به ، ولا يُبضعه**) بأن يعطيه لمن يتصرف فيه متبرعاً والربح للمالك (**بغير إذن**) لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكُّل ، وسيأتي في الوكالة أنه ليس للوكيل ذلك .

وقوله : (**بغير إذن**) قيد في الكلِّ ، فإن أذن في شيء منها . . جاز .

(**ولكلٍّ فسخه**) ؛ أي : فسخ عقد الشركة (**متىٰ شاء**) كالوكالة .

(**وينعزلان عن التصرف بفسخهما**) أي : بفسخ كلٍّ **منهما** ؛ لزوال العقد .

(**فإن قال أحدهما : « عزلتك » أو « لا تتصرف في نصيبي » . . لم ينعزل العازل**) بل المخاطب فقط ؛ لأن المتكلم لم يمنعه أحد ، بخلاف المخاطب .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ١٩٠) .

وَتَنفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَبِجُنُونِهِ وَبِإِغْمَائِهِ . وَٱلرِّبْحُ وَٱلْخُسْرَانُ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، تَسَاوَيَا فِي ٱلْعَمَلِ أَوْ تَفَاوَتَا ، فَإِنْ شَرَطَا خِلاَفَهُ . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ ، فَيَرْجِعُ كُلٌّ عَلَى ٱلآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ ، وَتَنْفُذُ ٱلتَّصَرُّفَاتُ ، وَٱلرِّبْحُ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ . وَيَدُ ٱلشَّرِيكِ يَدُ أَمَانَةٍ ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ٱلرَّدِّ وَٱلْخُسْرَانِ وَٱلتَّلَفِ ، فَإِنِ ٱدَّعَاهُ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ بِٱلسَّبَبِ ، ثُمَّ يُصَدَّقُ فِي ٱلتَّلَفِ بِهِ ، وَلَوْ قَالَ مَنْ فِي يَدِهِ ٱلْمَالُ : (هُوَ لِي) ، وَقَالَ ٱلآخَرُ : (مُشْتَرَكٌ) ، أَوْ بِٱلْعَكْسِ . . صُدِّقَ صَاحِبُ ٱلْيَدِ ، . . . .

(**وتنفسخ بموت أحدهما ، وبجنونه ، وبإغمائه**) كالوكالة ، قال في « الكفاية » : وكذا بطروء حجر السفه(١) .

(**والربح والخسران علىٰ قدر المالين ، تساويا في العمل أو تفاوتا**) سواء شرطاه أم لا ؛ عملاً بقضية الشركة .

(**فإن شرطا خلافه . . فسد العقد**) لأنه مخالف لموضوع الشركة ، (**فيرجع كلٌّ على الآخر بأجرة عمله في ماله**) أي : مال الآخر ؛ كما في القراض إذا فسد .

نعم ؛ لو تساويا في المال وتفاوتا في العمل ، وشُرط الأقلُّ للأكثر عملاً . . لم يرجع بالزائد **على الأصح** ؛ لأنه عمل متبرعاً .

(**وتنفذ التصرفات**) لوجود الإذن (**والربح علىٰ قدر المالين**) لأنه مستفاد منهما .

(**ويد الشريك يد أمانة ، فيقبل قوله في الردِّ والخسران والتلف**) كالمودع والوكيل ، (**فإن ادعاه**) ، يعني : التلف (**بسبب ظاهر . . طولب ببينةٍ بالسبب ، ثم يُصدَّق في التلف به**) هـٰذه المسألة قد ذكرها المصنف في آخر (الوديعة) مستوفاة ، والمذكور هنا يحتاج إلىٰ تفصيل فيراجع من هناك .

(**ولو قال من في يده المال : « هو لي » ، وقال الآخر : « مشترك » ، أو بالعكس . . صدق صاحب اليد**) ؛ لأنها تدلُّ على الملك ، وقد ادعىٰ صاحبها جميعَ المال في المسألة الأولىٰ ، ونصفَه في الثانية .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/١٩٧) .

وَلَوْ قَالَ : (ٱقْتَسَمْنَا وَصَارَ لِي).. صُدِّقَ ٱلْمُنْكِرُ ، وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ وَقَالَ : (ٱشْتَرَيْتُهُ لِلشَّرِكَةِ أَوْ لِنَفْسِي) ، وَكَذَّبَهُ ٱلآخَرُ.. صُدِّقَ ٱلْمُشْتَرِي .

(ولو قال : « اقتسمنا وصار لي ».. صدق المنكِر) ؛ لأن الأصل عدمُ القسمة .

(ولو اشترىٰ وقال : « اشتريته للشركة أو لنفسي » ، وكذبه الآخر.. صدق المشتري) ؛ لأنه أعرف بقصده ، وسواء ادعىٰ أنه صرح بالشراء للشركة أو نواه ، والغالب وقوع ذلك في الأولىٰ حالةَ ظهور الخسران ، وفي الثانية حالةَ ظهور الربح .

* * *

كتاب الوكالة

شَرْطُ ٱلْمُوَكِّلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ مَا وَكَّلَ فِيهِ بِمِلْكٍ أَوْ وِلاَيَةٍ ، فَلاَ يَصِحُّ تَوْكِيلُ صَبِيٍّ وَلاَ مَجْنُونٍ ، وَلاَ ٱلْمَرْأَةِ وَٱلْمُحْرِمِ فِي ٱلنِّكَاحِ ، ....

(كتاب الوكالة)

هي بفتح الواو وكسرها . **وهي في اللغة** : التفويض ، **وفي الاصطلاح** : تفويض ما له فعله مما يقبل النيابة إلىٰ غيره ليفعله في حال حياته .

والأصل فيها : الإجماع ، والسنة الصحيحة الشهيرة ؛ كقصة عروة البارقي وغيره ، وفي القرآن ما يدلُّ عليها ، وهو قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾ الآية ، بل قال القاضي الحسين وغيره : إنه مندوب إليها .

(**شرط الموكِّل** : صحة مباشرته ما وكل فيه بملك أو ولاية ، **فلا يصحُّ توكيل صبي ولا مجنون**) لأن الوكيل فرع ونائب عن الموكل ، فإذا لم يقدر الأصلُ علىٰ تعاطي الشيء . . فنائبه أولىٰ ألا يقدر ، والمغمىٰ عليه كالمجنون ، وكذا النائم .

واحترز بالملك والولاية : عن الوكيل فإنه لا يوكل عند الإطلاق ؛ كما سيأتي ؛ لأنه ليس بمالك ولا ولي ، وعن العبد المأذون ؛ لأنه إنما يتصرف بالإذن فقط ، وهـٰذا الضابط ذكره الغزالي[1] ، وأورد عليه الرافعي الوكيل ؛ فإنه قد يوكل عنه لا عن الموكل ؛ كما سيأتي ، وحينئذ فلا يصحُّ اشتراط كون الموكِّل مالكاً للتصرف **بملك أو ولاية**[2] .

وقوله : (ما وكل) هو بفتح الواو .

(**ولا المرأة والمحرم في النكاح**) أما المرأة . . فلأنها لا تزوج نفسها ، **والمراد** : أنها لا توكل أجنبياً في تزويجها ، فأما لو أذنت للولي بصيغة الوكالة . . فإنه يصحُّ ؛ كما نقله في « البيان » عن النصِّ[3] .

---

(١) الوجيز (ص ٢١٧) .
(٢) الشرح الكبير (٥/٢١٦) .
(٣) البيان (٩/١٩٢) .

وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ ٱلْوَلِيِّ فِي حَقِّ ٱلطِّفْلِ ، وَيُسْتَثْنَىٰ تَوْكِيلُ ٱلْأَعْمَىٰ فِي ٱلْبَيْعِ وَٱلشِّرَاءِ . . فَيَصِحُّ . . . .

وأما المحرم . . فللنهي عنه في « صحيح مسلم »[1] ، وهـٰذا محمول علىٰ ما إذا وكَّله ليعقد عنه في حال الإحرام ، فإن وكَّله ليعقد له بعد التحلل ، أو أطلق . . صحَّ ، وكذا لو وكَّل حلالٌ محرماً ليوكِّل حلالاً بالتزويج **على الأصح** ؛ لأنه سفير محض .

(**ويصحُّ توكيل الولي في حقِّ الطفل**) في النكاح وغيره ؛ لولايته عليه .

وتعبيره بالطفل تبع فيه « المحرر »[2] ، **والصواب** : حذفه ؛ كما هو في « الشرح » و« الروضة » ؛ ليدخل المجنون والسفيه .

(**ويستثنىٰ**) مما ذكرناه (**توكيل الأعمىٰ في البيع والشراء**) وكذا سائر العقود المتوقفة على الرؤية ؛ كالإجارة والأخذ بالشفعة (**فيصحُّ**) وإن لم يَقدر علىٰ مباشرته ؛ للضرورة .

ويستثنىٰ من هـٰذا الضابط : مسائل كثيرة ؛ بعضُها من طرده ، وبعضها من عكسه ؛ **فمما يستثنىٰ من طرده** : الولي غير المجبر ، إذا أذنت له في النكاح ونهته عن التوكيل ، فلا يوكل قطعاً ، **ومنها** : إذا جوزنا لصاحب الدين أن يكسر الباب ويأخذ ما يجده ، فإنه لا يجوز له التوكيل فيه ، كما صرح به جماعة ، **ومنها** : التوكيل في الإقرار ممتنع **على الصحيح** ، **ومنها** : إذا أسلم علىٰ أكثر من أربع نسوة له أن يختار أربعاً ، ولا يوكل في ذلك ، إلا إذا عين الموكل المختارات للنكاح ، فيجوز **في الأصح** .

ومما يستثنىٰ من العكس : توكيل المشتري البائع ، أو المسلم المسلم إليه في أن يوكل من يقبض عنه ، فإنه يصحُّ مع استحالة مباشرته القبضَ من نفسه ، **ومنها** : إذا قال : (إن طلقتك . . فأنت طالق قبله ثلاثاً) وقلنا : لا يقع الطلاق ، فوكل . . فإنه يصحُّ ، كما قاله الرافعي ، **ومنها** : التوكيل في استيفاء قصاص الطرف وحدِّ القذف ، فإنه جائز مع امتناع الموكل من مباشرته ، **ومنها** : مسألة توكيل الحلال محرماً ، ليوكل حلالاً في التزويج ؛ كما مرَّ .

---

(١) صحيح مسلم (١٤٠٩) عن عثمان بن عفان رضي الله عنه .
(٢) المحرر (ص ١٩٥) .

وَشَرْطُ ٱلْوَكِيلِ : صِحَّةُ مُبَاشَرَتِهِ ٱلتَّصَرُّفَ لِنَفْسِهِ ، لاَ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ ، وَكَذَا ٱلْمَرْأَةُ وَٱلْمُحْرِمُ فِي ٱلنِّكَاحِ ، لَـٰكِنِ ٱلصَّحِيحُ : ٱعْتِمَادُ قَوْلِ صَبِيٍّ فِي ٱلإِذْنِ فِي دُخُولِ دَارٍ وَإِيصَالِ هَدِيَّةٍ ، وَٱلأَصَحُّ : صِحَّةُ تَوْكِيلِ عَبْدٍ فِي قَبُولِ نِكَاحٍ ، ....

(**وشرط الوكيل : صحة مباشرته التصرفَ لنفسه**) كما في الموكل .

ويستثنىٰ توكيل الولي فاسقاً في بيع مال محجوره ، فإنه لا يجوز .

(**لا صبيٍّ ومجنون**) لسلب عبارتهما ، والمغمىٰ عليه كالمجنون ، وكذا النائم .

ومحلُّ عدم صحة توكيل الصبي : فيما لا يصحُّ منه مباشرته ، فيجوز توكيله في حجِّ التطوع والذبح ولو في أضحية ، وفي تفرقة الزكاة ؛ كما مرَّ في بابه .

(**وكذا المرأة والمُحرم في النكاح**) لسلب عبارتهما فيه إيجاباً وقبولاً .

و(المحرم) بضم الميم ، أما مفتوحها . . فيجوز أن يكون وكيلاً في القبول وإن كان لا يصحّ تعاطيه لنفسه ، وألحق بعضهم الخنثىٰ بالمرأة ؛ للشك في أهليته .

(**لكن الصحيح : اعتماد قول صبي في الإذن في دخول دار وإيصال هدية**) لتسامح السلف في مثل ذلك ، وهو توكيل من جهة الآذن والمهدي ، **والثاني** : لا ؛ كغيره من التصرفات .

ومحل الخلاف : إذا كان مأموناً ، وإلا . . فلا يعتمد قطعاً ، وما إذا لم تكن قرينة ؛ فإن احتفت به قرينة أفادت العلم . . اعتُمد قطعاً ، والكافر والفاسق كالصبي في ذلك .

(**والأصحُّ : صحة توكيل عبد في قبول نكاح**) إذ لا ضرر على السيد فيه ، **والثاني** : لا ؛ إذ لا يستقل فيه بنفسه .

ومحل الخلاف : إذا لم يأذن فيه ، فإن أذن . . صحَّ قطعاً ؛ كذا ذكره في « الروضة » في النكاح ، وقال هنا بعد أن حكى الخلاف مع الإذن : (**المختار** : الجواز مطلقاً)[1] .

وهـٰذه المسألة مستثناة من عكس القاعدة ، وهو أن من لا تصحُّ مباشرتُه لنفسه . . لا تصحُّ وكالته .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٩٩) .

وَمَنْعُهُ فِي ٱلإِيجَابِ . وَشَرْطُ ٱلْمُوَكَّلِ فِيهِ : أَنْ يَمْلِكَهُ ٱلْمُوَكِّلُ ، فَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ سَيَمْلِكُهُ ، وَطَلاَقِ مَنْ سَيَنْكِحُهَا . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَأَنْ يَكُونَ قَابِلاً لِلنِّيَابَةِ ، فَلاَ يَصِحُّ فِي عِبَادَةٍ إِلاَّ ٱلْحَجَّ ، وَتَفْرِقَةَ زَكَاةٍ ، وَذَبْحَ أُضْحِيَةٍ ، وَلاَ فِي شَهَادَةٍ ، وَإِيلاَءٍ ، وَلِعَانٍ ، وَسَائِرِ ٱلأَيْمَانِ ، . . . .

(**ومنعه في الإيجاب**) لأنه إذا لم يزوج بنت نفسه . . فبنت غيره أولىٰ ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لصحة عبارته في الجملة ، والمبعض أولىٰ بالصحة منه فيما يصحُّ توكيلُه فيه .

(**وشرط الموكل فيه : أن يملكه الموكِّل ، فلو وكله ببيع عبد سيملكه ، وطلاق من سينكحها . . بطل في الأصحِّ**) لأنه لا يتمكن من مباشرته بنفسه عند التوكيل ، فكيف يستنيب فيه غيره ؟ **والثاني** : يصحُّ ؛ لأن الملك حاصلٌ عند المقصود من التوكيل وهو التصرف .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : عامل القراض ؛ فإن إذن المالك في بيع ما سيملكه من العروض نافذ ؛ إذ لا تتم مصالح العقد إلا به ، ولو قال : (وكلتك في بيع كذا ، وأن تشتري بثمنه كذا) . . **فأشهر القولين** : صحة التوكيل بالشراء ؛ كما ذكره صاحب « المطلب » .

(**وأن يكون قابلاً للنيابة**) لأن التوكيل تفويض وإنابة ، فما لا يقبلها ؛ كاستيفاء حقِّ القسم من الزوجات ونحوه مما سيأتي . . لا يقبل التوكيل (**فلا يصحُّ في عبادة**) لأن المقصود منها ابتلاءُ الشخص وامتحانه بإتعابه نفسه ، وذلك لا يحصل بالتوكيل ، (**إلا الحج ، وتفرقةَ زكاة ، وذبحَ أضحية**) للأدلة المذكورة في أبوابها .

ويندرج في التوكيل بالحج ركعتا الطواف ، والعمرةُ كالحج .

والكفارة ، والنذر ، وصدقة التطوع كالزكاة .

والعقيقة ، والهدايا ، وشاة الوليمة كالأضحية .

والعاجز يأمر من يوضئه ، أو ييممه ، والتوكيل في إزالة النجاسة جائز ، وعنه **احترز بقوله** : (**عبادة**) ؛ لأنه من باب التروك ، ولذلك لا تشترط فيها النية **على الأصحِّ** .

(**ولا في شهادة ، وإيلاء ، ولعان ، وسائر الأيمان**) أي : باقيها ؛ إلحاقاً لها بالعبادات .

وَلاَ فِي ظِهَارٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ فِي طَرَفَيْ بَيْعٍ ، وَهِبَةٍ ، وَسَلَمٍ ، وَرَهْنٍ ، وَنِكَاحٍ ، وَطَلاَقٍ ، وَسَائِرِ ٱلْعُقُودِ وَٱلْفُسُوخِ ، وَقَبْضِ ٱلدُّيُونِ وَإِقْبَاضِهَا ، وَٱلدَّعْوَىٰ وَٱلْجَوَابِ ، وَكَذَا فِي تَمَلُّكِ ٱلْمُبَاحَاتِ كَٱلإِحْيَاءِ وَٱلِاصْطِيَادِ وَٱلِاحْتِطَابِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، لاَ فِي إِقْرَارٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، ....

والنذر ، وتعليق الطلاق ، والعتق في معنى الأيمان ، قاله الرافعي[1] ، ولا ترد صحة الشهادة على الشهادة ؛ إذ ليست بتوكيل .

(ولا في ظهار في الأصحِّ) الوجهان مبنيان علىٰ أن المغلب فيه معنى اليمين أو الطلاق ، **والأرجح** : تغليب شائبة الطلاق ، **وقضيته** : ترجيح الصحة ، لكن لمنعه معنىٰ آخر ، وهو أنه منكر من القول وزور ، فلا تشرع فيه الإعانة بالتوكيل ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾ وإذا صححناه قال في « المطلب » : **الأشبه** : أن يقول : (موكلي يقول : أنت عليه كظهر أمه) .

(ويصحُّ في طرفي بيع ، وهبة ، وسلم ، ورهن ، ونكاح) أما النكاح . . فبالنصِّ ، وأما الباقي . . فبالقياس ، (وطلاق) منجز ؛ لأنه إذا جاز في العقد . . ففي حَلِّهِ أولىٰ ، أما المعلق . . فيمتنع **على الأصح** ، (وسائرِ العقود) كالصلح والحوالة والضمان ، ونحو ذلك ، (والفسوخ) المتراخية ، أما التي على الفور . . فلا ؛ للتقصير .

(وقبض الديون وإقباضها ، والدعوىٰ والجواب) لعموم الحاجة .

ويستثنىٰ من جواز التوكيل في القبض : قبض العوض في الصرف في غيبة الموكل ؛ لأنه بغيبته فسد العقد ، وفي استثنائه نظر ؛ لأنه بعد فساد العقد لا دين .

(وكذا في تملك المباحات ؛ كالإحياء ، والاصطياد ، والاحتطاب في الأظهر) ؛ لأنها أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء ، فيحصل الملك للموكل إذا قصده الوكيل له ، **والثاني** : المنع ؛ قياساً على الاغتنام .

(لا في إقرار) بأن يقول : (وكلتك لتقر عني لفلان بكذا) (في الأصحِّ) لأنه إخبار عن حقٍّ ، فلم يقبل التوكيل ؛ كالشهادة ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لأنه قول يلزم به

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٠٧) .

وَيَصِحُّ فِي ٱسْتِيفَاءِ عُقُوبَةِ آدَمِيٍّ ؛ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَقِيلَ : لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِحَضْرَةِ ٱلْمُوَكِّلِ . وَلْيَكُنِ ٱلْمُوَكَّلُ فِيهِ مَعْلُوماً مِنْ بَعْضِ ٱلْوُجُوهِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ عِلْمُهُ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، فَلَوْ قَالَ : (وَكَّلْتُكَ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ) ، أَوْ (فِي كُلِّ أُمُورِي) ، أَوْ (فَوَّضْتُ إِلَيْكَ كُلَّ شَيْءٍ) . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ : (فِي بَيْعِ أَمْوَالِي وَعِتْقِ أَرِقَّائِي) . . صَحَّ ، .

الحقُّ ، فأشبه الشراء ، **فعلىٰ هـٰذا** : لم يكن بنفس التوكيل مقرّاً علىٰ ما صححه في « زيادة الروضة » ، إلا أن يقول : (أقر عني لزيد بألف له علي) فيكون مقراً جزماً ، **وعلى الأول** : يكون مقرّاً ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن الأكثرين ، وجزم في « الحاوي الصغير » بخلافه[(١)] .

وصورة **لفظ الوكيل** : (أقررت عنه بكذا) ، كما اقتضاه كلام البَنْدَنيجي ، واختار السبكي أن يقول : (موكلي مقر لك بكذا) .

(**ويصحُّ في استيفاء عقوبة آدمي ؛ كقصاص ، وحدِّ قذف**) كسائر الحقوق ، بل يتعين ذلك في حدِّ القذف ، وكذا في قطع الطرف **في الأصح** ؛ كما ذكره المصنف في موضعه ، ويجوز أيضاً التوكيل في استيفاء حدود الله تعالىٰ من الإمام والسيد .

نعم ؛ يمتنع التوكيل في إثباتها ؛ لأنها مبنية على الدرء ، إلا في القاذف ، فإنه يجوز له أن يوكل في إثبات زنا المقذوف ؛ لسقوط حدِّ القذف عنه بذلك .

(**وقيل : لا يجوز إلا بحضرة الموكل**) لاحتمال العفو في الغيبة ، قال صاحب « المعين » تبعاً لابن الصباغ : **ومحل الخلاف** : في تمكين الحاكم الوكيل من الاستيفاء ، أما استيفاء الوكيل . . فصحيح قطعاً .

(**وليكن الموكَّل فيه معلوماً من بعض الوجوه**) لئلا يعظم الغرر .

(**ولا يشترط علمه من كلِّ وجه**) لأنها جوزت للحاجة ، فسومح فيها .

(**فلو قال : « وكلتك في كلِّ قليل وكثير » ، أو « في كلِّ أموري » ، أو « فوضت إليك كلَّ شيء » . . لم يصحَّ**) لأنه غرر عظيم ، فإنه يدخل فيه أمور لو عرض تفصيلها على الموكل ؛ كطلاق زوجاته ، والصدقة بجميع ماله . . لاستنكره .

(**وإن قال : « في بيع أموالي ، وعتق أرقائي » . . صحَّ**) لأن الغرر فيه قليل .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٢٩٣ـ ٢٩٤) ، الحاوي الصغير (ص ٣٢٧) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ . . وَجَبَ بَيَانُ نَوْعِهِ ، أَوْ دَارٍ . . وَجَبَ بَيَانُ ٱلْمَحِلَّةِ وَٱلسِّكَّةِ ، لاَ قَدْرِ ٱلثَّمَنِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ مِنَ ٱلْمُوَكِّلِ لَفْظٌ يَقْتَضِي رِضَاهُ ؛ كَـ(وَكَّلْتُكَ فِي كَذَا) ، أَوْ (فَوَّضْتُهُ إِلَيْكَ) ، أَوْ (أَنْتَ وَكِيلِي فِيهِ) ، . . . .

(**وإن وكله في شراء عبد . . وجب بيان نوعه**) كتركي ، أو هندي ونحوهما ؛ لاختلاف الأغراض فيها ، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي في السلم ، ولا ما يقرب منها اتفاقاً ، قاله الإمام والغزالي ، وجرىٰ عليه الشيخان[1] ، لكن اعتبر القاضي ذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها ، ولو اختلفت أصناف نوع اختلافاً ظاهراً . . اشترط التعرض للصنف ، قاله الجويني ، وأقراه[2] .

(**أو دار . . وجب بيان المحلة**) وهي الحارة (**والسكة**) بكسر السين : وهي الزقاق ؛ لاختلاف الغرض بذلك اختلافاً ظاهراً ، ويتعرض في الحانوت للسوق .

(**لا قدرِ الثمن في الأصحِّ**) في هـٰذه المسألة والتي قبلها ؛ لأن غرضه قد يتعلق بواحد ما ، نفيساً كان أو خسيساً ، **والثاني** : لا بدّ من تقديره ؛ كمئة ، أو بيان غايته ؛ كمئة إلىٰ ألف ؛ لظهور التفاوت .

هـٰذا كلُّه إذا قصد بالشراء القنية ، فإن قصد التجارة . . لم يشترط بيان شيء من ذلك ، بل يجوز أن يقول : (وكلتك في أن تشتري بهـٰذا الدينار ما شئت من العروض ، أو ما رأيت المصلحة في شرائه) قياساً على القراض ؛ كما نقله في « الكفاية » عن الماوردي والمتولي ، وأقره ، وجزم به القفال ، وهو مقتضىٰ كلام الرافعي[3] .

(**ويشترط من الموكِّل لفظ يقتضي رضاه ؛ كـ« وكلتك في كذا » ، أو « فوضته إليك » ، أو « أنت وكيلي فيه »**) ونحوها كـ(أنبتك فيه) ، كما يشترط الإيجاب في سائر العقود .

---

(١) عبارة (أ) : (قاله الإمام والغزالي ، وجرىٰ للشيخان والرافعي) ، وفي غير (أ) : (قاله الإمام والرافعي) ، ولعل المثبت هو الصواب .
(٢) نهاية المطلب (٧/ ٥١) ، والوسيط (٣/ ٢٨٠) ، والشرح الكبير (٥/ ٢١٤) ، وروضة الطالبين (٤/ ٢٩٦ـ٢٩٧) .
(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٢٨٤) ، الشرح الكبير (٥/ ٢١٤) .

فَلَوْ قَالَ : (بِعْ) ، أَوْ (أَعْتِقْ) . . حَصَلَ ٱلإِذْنُ . وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ لَفْظاً ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ ، وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فِي صِيَغِ ٱلْعُقُودِ ؛ كَـ(وَكَّلْتُكَ) ، دُونَ صِيَغِ ٱلأَمْرِ ؛ كَـ(بِعْ) وَ(أَعْتِقْ) . وَلاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهَا بِشَرْطٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وقوله : (لفظ) يوهم أنه لا تكفي الكتابة وإشارة الأخرس وكتابته ، وليس كذلك ، بل هو كالبيع وأولىٰ .

وقوله : (كوكلتك) قد يفهم أن تعيين الوكيل شرطٌ فلا يصحُّ : (وكلت كلَّ من أراد بيع داري هـٰذه) في بيعها ، وبه صرح الإمام ، والغزالي ، وكذا الرافعي في (كتاب الحج) في الكلام على الجعالة فيه[1] ، ونقله المصنف في « فتاويه » عن الأصحاب[2] .

(**فلو قال : « بع » أو « أعتق » . . حصل الإذن**) لأنه أبلغ مما سبق .

(**ولا يشترط القبول لفظاً**) لأن التوكيل إباحة ورفع حَجْرٍ ، فأشبه إباحةَ الطعام ، وعلىٰ هـٰذا لو وكله والوكيل لا يعلم . . ثبتت وكالتُه **في الأصح** ، فلو تصرف قبل علمه . . فكبيع مال مورثه ظاناً حياتَه .

(**وقيل : يشترط**) لأنه تمليك للتصرف فليقبل ؛ كسائر التمليكات ، (**وقيل : يشترط في صيغ العقود ؛ كـ« وكلتك » ، دون صيغ الأمر ؛ كـ« بع » و« أعتق »**) إلحاقاً لصيغة العقد بالعقود ، وللأمر بالإباحة .

واحترز بقوله : (لفظاً) عن القبول معنىٰ ، فإنه لا بدَّ منه في دوام الوكالة قطعاً ، حتىٰ لو رد . . بطلت ، قال المنكت : وهو ينافي عدم اشتراط العلم ، فإن الرضا يستلزم العلم ، فالمشروط إذاً في دوام الوكالة : عدمُ الردِّ لا الرضا ، فإنه لو أكرهه على التصرف . . صحَّ **في الأصحِّ**[3] .

(**ولا يصحُّ تعليقها بشرط**) من صفة ، أو وقت (**في الأصحِّ**) كسائر العقود ، **والثاني** : يصحُّ ؛ كالوصية .

---

(١) نهاية المطلب (٤/ ٣٩٠) ، والوسيط (٢/ ٥٩٦) ، والشرح الكبير (٣/ ٣١٢) .
(٢) فتاوى الإمام النووي (ص ١٣٨ـ١٣٩) .
(٣) السراج (٤/ ٢٤) .

فَإِنْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ لِلتَّصَرُّفِ شَرْطاً . . جَازَ ، وَلَوْ قَالَ : (وَكَّلْتُكَ وَمَتَىٰ عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكِيلِي) . . صَحَّتْ فِي ٱلْحَالِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي عَوْدِهِ وَكِيلاً بَعْدَ ٱلْعَزْلِ ٱلْوَجْهَانِ فِي تَعْلِيقِهَا ، وَيَجْرِيانِ فِي تَعْلِيقِ ٱلْعَزْلِ . . . .

وفرق **الأول** : بأن الوصية تقبل الجهالة ، فتقبل التعليق ، أما تأقيتها ؛ كوكلتك إلىٰ شهر . . فجائز .

(**فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً . . جاز**) بالاتفاق ؛ لأنه إنما علق التصرف فقط .

(**ولو قال** : « **وكلتك ومتىٰ عزلتك فأنت وكيلي** » . . **صحت في الحال في الأصحِّ**) ؛ لوجود الإذن ، **والثاني** : لا تصحُّ ؛ لأنه أبَّدها ، وهو إلزام للعقد الجائز .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا قال ذلك متصلاً بالتوكيل بصيغة الشرط ، وبكلَّما ، وعمَّ نفسه وغيره ؛ كذا قاله في « المطلب » ، واقتضاه تعليل الرافعي بإلزام العقد الجائز[1] ، وكلام المصنف ظاهر في جريان الخلاف مطلقاً .

(**وفي عوده وكيلاً بعد العزل الوجهان في تعليقها**) لأنه علق الوكالةَ ثانياً على العزل ، **والأصحُّ** : عدم العود ؛ **لأن الأصحَّ** : فساد التعليق ، **والثاني** : يعود ، بناء علىٰ صحته .

(**ويجريان في تعليق العزل**) بطلوع الشمس ونحوه .

وقضية كلامه : تصحيح عدم الانعزال ، والذي في « الروضة » و« أصلها » : أنهما يجريان بالترتيب ، والعزل أولىٰ ؛ لأنه لا يشترط فيه قبولٌ قطعاً[2] ، واشتراطه في الوكالة مختلف فيه ، قال الإسنوي : وتصحيح عدم العزل بعيد ، وكيف ننفذ التصرفات والمالك مانع منها[3] .

* * *

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٢٢) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٠٣) ، والشرح الكبير (٥/ ٢٢٣) .

(٣) المهمات (٥/ ٥٣٢) .

فَصْلٌ

[في أحكام الوكالة بعد صحتها]

ٱلْوَكِيلُ بِٱلْبَيْعِ مُطْلَقاً لَيْسَ لَهُ ٱلْبَيْعُ بِغَيْرِ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ ، وَلاَ بِنَسِيئَةٍ ، وَلاَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ ـ وَهُوَ : مَا لاَ يُحْتَمَلُ غَالِباً ـ فَلَوْ بَاعَ عَلَىٰ أَحَدِ هَـٰذِهِ ٱلأَنْوَاعِ وَسَلَّمَ ٱلْمَبِيعَ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ لِيَبِيعَ مُؤَجَّلاً وَقَدَّرَ ٱلأَجَلَ . . فَذَاكَ ، . . . .

(**فصل : الوكيل بالبيع مطلقاً ليس له البيع بغير نقد البلد**) لدلالة القرينة العرفية عليه ، فلو كان في البلد نقدان . . باع بالأغلب ، فإن استويا . . فبالأنفع ، فإن استويا . . تخير .

(**ولا بنسيئة**) وإن كان قدر ثمن المثل ؛ لأن الإطلاق في البيع يقتضي الحلول ، فكذلك في التوكيل في البيع .

(**ولا بغَبْن فاحش ، وهو : ما لا يحتمل غالباً**) كالوصي ، أما اليسير ؛ كدرهم في عشرة . . فيغتفر ، بخلاف درهمين ، كذا قالاه[1] ، وقال ابن أبي الدم : العشرة إن سومح بها في المئة . . فلا يتسامح بالمئة في الألف ، **فالصواب** : الرجوع للعادة ، وذكر الروياني : أن اليسير يختلف باختلاف أجناس الأموال ، فربع العشر كثير في النقد والطعام ، ونصفه ليس كثيراً في الجواهر والرقيق ونحوهما[2] .

واحترز بقوله : (**مطلقاً**) عما إذا نصّ على البيع بشيء من ذلك . . فإنه يجوز .

وقوله : (**ليس له**) صريح في المنع ، فلو فعل . . **فالمذهب** : بطلان تصرفه ، وفي قول : إنه موقوف علىٰ إجازة الموكل .

(**فلو باع علىٰ أحد هـٰذه الأنواع وسلَّم المبيع . . ضمن**) لتعديه ، ولو باع بثمن المثل ، ثم وجد راغب بزيادة في زمن الخيار . . انفسخ العقد في **الأصح** إن لم يفسخه .

(**فإن وكله ليبيع مؤجلاً وقدَّر الأجلَ . . فذاك**) أي : فيجوز أن يبيعه إلىٰ ذلك الأجل من غير زيادة عليه ، ولا ينقص أيضاً إن نقص من الثمن شيئاً ، أو كان خوفٌ ،

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٢٤) ، وروضة الطالبين (٤/ ٣٠٤) .

(٢) بحر المذهب (٧/ ١٨٣) .

وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَحُمِلَ عَلَى ٱلْمُتَعَارَفِ فِي مِثْلِهِ . وَلاَ يَبِيعُ لِنَفْسِهِ وَوَلَدِهِ ٱلصَّغِيرِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَبِيعُ لِأَبِيهِ وَٱبْنِهِ ٱلْبَالِغِ ، . . . .

أو للحفظ مؤنة ونحوهما من الأغراض ، وإلا . . جاز في الأصحِّ إن لم يعين المشتري ، فإن عينه . . قال الإسنوي : فيظهر المنع ؛ لظهور قصد المحاباة ؛ كزيادة الثمن[1] .

(**وإن أطلق . . صحَّ في الأصحَّ ، وحُمل على المتعارف في مثله**) حملاً للمطلق على المعهود ؛ كما تقدم في النقود ، فإن لم يكن . . راعى الأنفع للموكل ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ لاختلاف الغرض بتفاوت الآجال طولاً وقصراً .

وقيل : يصحُّ ، وله التأجيل إلىٰ ما شاء ؛ لإطلاق اللفظ ، **وقيل** : لا يزيد علىٰ سنة ؛ كتقدير الديون المؤجلة بها شرعاً ؛ كالجزية .

(**ولا يبيع لنفسه وولده الصغير**) لتضاد الغرضين ؛ لأنه حريص بطبعه على الاسترخاص لهما ، وغرض الموكل الاجتهاد في الزيادة .

نعم ؛ لو أذن له في البيع من نفسه ، وقَدَّر الثمن ، ونهاه عن الزيادة . . فينبغي الجواز ؛ كما قاله ابن الرفعة ، والشراء في ذلك كالبيع .

(**والأصحُّ : أنه يبيع لأبيه وابنه البالغ**) ، وكذا سائر أصوله وفروعه ؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي . . صحَّ ، **والثاني** : لا ؛ لأنه متهم بالمَيْل إليهم .

وتعبيره بـ(البالغ) يَرِد عليه المجنون والسفيه فإنهما كالصغير ، ولهـٰذا عبرا في « الشرح » و« الروضة » بقولهما ، والوجهان في الأصول والفروع المستقلين[2] .

ثم محلُّ الخلاف : إذا لم يأذن له في البيع منهم ، فإن أذن . . جاز قطعاً .

ومحلُّه أيضاً : إذا لم يعين الثمن ، فإن عينه . . جاز قطعاً ؛ كما نقله في « المهمات » عن « فتاوى القفال » ، وأقره ، لكن حكى ابن الملقن عن القاضي الحسين فيه وجهين مرتبين وأولىٰ بالصحة ؛ لانتفاء التهمة[3] .

---

(١) المهمات (٥/ ٥٤٣) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٢٢٦) ، وروضة الطالبين (٤/ ٣٠٥) .

(٣) المهمات (٥/ ٥٣٣) ، عجالة المحتاج (٢/ ٨٣٨) .

وَأَنَّ ٱلْوَكِيلَ بِٱلْبَيْعِ لَهُ قَبْضُ ٱلثَّمَنِ وَتَسْلِيمُ ٱلْمَبِيعِ ، وَلاَ يُسَلِّمُهُ حَتَّىٰ يَقْبِضَ ٱلثَّمَنَ ، فَإِنْ خَالَفَ . . ضَمِنَ . وَإِذَا وَكَّلَهُ فِي شِرَاءٍ . . لاَ يَشْتَرِي مَعِيباً ، فَإِنِ ٱشْتَرَاهُ فِي ٱلذِّمَّةِ وَهُوَ يُسَاوِي مَعَ ٱلْعَيْبِ مَا ٱشْتَرَاهُ بِهِ . . وَقَعَ عَنِ ٱلْمُوَكِّلِ إِنْ جَهِلَ ٱلْعَيْبَ ، وَإِنْ عَلِمَهُ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

(وأن الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليمُ المبيع) إذا كان مسلماً إليه ؛ لأنه من توابع البيع ومقتضياته ، **والثاني** : لا ؛ لعدم الإذن فيهما ، وقد يرضاه للبيع دون القبض .

ومحل الخلاف : إذا لم يكن القبض شرطاً ، فإن كان ؛ كالصرف ونحوه . . فله القبض والإقباض قطعاً .

ومحله أيضاً ؛ كما قاله صاحب « المعين » : إذا عين له الموكل المشتري ، أو لم يعينه ولكن الموكل حاضرٌ ، وإلا . . فيقبض الثمن قطعاً ؛ لئلا يضيع .

ولو باع بثمن مؤجل فحلَّ . . لم يملك قبض الثمن قطعاً ، وكذا لو نهاه عن قبض الثمن .

(ولا يسلمه حتىٰ يقبض الثمنَ) الحالَّ ؛ لما في التسليم قبله من الخطر ، (فإن خالف . . ضمن) لتعديه .

(وإذا وكَّله في شراء . . لا يشتري معيباً) أي : لا ينبغي له ذلك ؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامةَ ، (فإن اشتراه في الذمة وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به . . وقع عن الموكِّل إن جهل العيبَ) لأنه يمكن استدراكه بالردِّ ، فلا ضرورة فيه ، ولا ينسب الوكيل إلىٰ مخالفة ؛ لجهله .

وقوله : (في الذمة) يوهم أنه إذا اشترىٰ بعين مال الموكل . . لا يقع له وليس كذلك ، بل يقع له أيضاً إذا قلنا : يقع له بالشراء في الذمة ، لكن ليس للوكيل الردُّ في الأصحِّ ؛ لأنه لا يمكن انقلاب العقد له ، فلا يتضرر ، بخلاف الشراء في الذمة ، **ففائدة التقييد** بالذمة : إخراج المذكور آخراً ، وهو ردُّ الوكيل ، فلو قيد الأخير فقط ، فقال : (للموكل الردُّ ، وكذا للوكيل إن اشترىٰ في الذمة) . . لكان أحسن .

(وإن علمه . . فلا في الأصحِّ) سواء ساوىٰ ما اشتراه به أم زاد ؛ لأن الإطلاق

وَإِنْ لَمْ يُسَاوِهِ . . لَمْ يَقَعْ عَنْهُ إِنْ عَلِمَهُ ، وَإِنْ جَهِلَهُ . . وَقَعَ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَإِذَا وَقَعَ لِلْمُوَكِّلِ . . فَلِكُلٍّ مِنَ ٱلْوَكِيلِ وَٱلْمُوَكِّلِ ٱلرَّدُّ . وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ أَنْ يُوَكِّلَ بِلاَ إِذْنٍ إِنْ تَأَتَّىٰ مِنْهُ مَا وُكِّلَ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَأَتَّ لِكَوْنِهِ لاَ يُحْسِنُهُ أَوْ لاَ يَلِيقُ بِهِ . . فَلَهُ ٱلتَّوْكِيلُ ، وَلَوْ كَثُرَ وَعَجَزَ عَنِ ٱلإِتْيَانِ بِكُلِّهِ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُوَكِّلُ فِيمَا زَادَ عَلَى ٱلْمُمْكِنِ . . . .

يقتضي سليماً ، **والثاني** : يقع له ؛ لأن الصيغة مطلقة ، ولا نقص في المالية ، **والثالث** : إن كان يشتريه للتجارة . . وقع له ، أو للقنية . . فلا ، واستحسنه الإمام .

(**وإن لم يساوه**) أي : لم يساو ما اشتراه به (. . **لم يقع عنه**) أي : الموكل (**إن علمه**) للمخالفة المورِّطة في الغرامة .

(**وإن جهله . . وقع في الأصحِّ**) كما لو اشتراه لنفسه جاهلاً ، **والثاني** : لا ؛ لأن الغبن يمنع الوقوعَ عنه مع السلامة ، فعند العيب أولىٰ .

(**وإذا وقع للموكِّل . . فلكلٍّ من الوكيل والموكِّل الردُّ**) أما الموكل . . فلأنه المالك ، والضرر به لاحق ، وأما الوكيل . . فلأنا لو لم نجوز له ذلك . . لكان المالك ربما لا يرضىٰ به ، وحينئذ فيتعذر الردُّ ؛ لكونه على الفور ، ويقع العقد للوكيل فيتضرر ، ولو رضي به الوكيل . . لم يتمكن بعد ذلك من الردِّ ، لكن للموكل الردُّ إن ثبتت الوكالة ، أو صدّق البائع عليها ، وإلا . . **فالأصحُّ في « زيادة الروضة »** : أنه يردُّه على الوكيل[1] .

(**وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتىٰ منه ما وُكِّل فيه**) لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره .

نعم ؛ قال الجُوري : لو وكله في قبض دين فقبضه ، وأرسله مع بعض عياله إلى الموكل . . لم يضمن ، أو مع غيره . . ضمن .

(**وإن لم يتأت لكونه لا يحسنه ، أو لا يليق به**) مع كونه يحسنه (. . **فله التوكيل**) لأن التفويض لمن هـٰذا حالُه لا يُقصد منه غيرُ الاستنابة .

(**ولو كثر وعجز عن الإتيان بكلِّه . . فالمذهب : أنه يوكِّل فيما زاد على الممكن**) دون غيره ؛ لأن الضرورة دعت إليه دون غيره ، **وقيل** : لا يوكل في شيء ؛ لعدم

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣١٠) .

وَلَوْ أَذِنَ فِي ٱلتَّوْكِيلِ وَقَالَ : (وَكِّلْ عَنْ نَفْسِكَ) ، فَفَعَلَ . . فَٱلثَّانِي وَكِيلُ ٱلْوَكِيلِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ وَٱنْعِزَالِهِ ، وَإِنْ قَالَ : (عَنِّي) . . فَٱلثَّانِي وَكِيلُ ٱلْمُوَكِّلِ ، وَكَذَا لَوْ أَطْلَقَ فِي ٱلأَصَحِّ . **قُلْتُ** : وَفِي هَاتَيْنِ ٱلصُّورَتَيْنِ لاَ يَعْزِلُ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ ، وَلاَ يَنْعَزِلُ بِٱنْعِزَالِهِ ، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْوَكِيلِ ٱلتَّوْكِيلَ . . يُشْتَرَطُ أَنْ يُوَكِّلَ أَمِيناً . . . .

الإذن ، **وقيل** : يوكل في الجميع ؛ لأنه مَلك التوكيل في البعض فيوكل في الكلِّ ؛ كما لو أذن صريحاً ، وحيث وكل في هـٰذه الأقسام فإنما يوكل عن موكله ، فلو وكل عن نفسه . . **فالأصحُّ في « زيادة الروضة »** : المنع[1] .

(**ولو أذن في التوكيل وقال : « وكِّل عن نفسك » ، ففعل . . فالثاني وكيل الوكيل**) لتصريح الموكل في إذنه بذلك ، **وقيل** : إنه وكيل الموكل .

وعلى الأول : للموكل عزله **في الأصحِّ** ؛ لأنه فرع فرعه .

(**والأصحُّ : أنه ينعزل بعزله**) أي : بعزل الأول له (**وانعزالِه**) بموته وجنونه ؛ لأنه نائبه ، وهـٰذا بناء علىٰ أن الثاني وكيل الوكيل ، **ومقابله** : وجه مبني علىٰ أنه وكيل الموكل .

(**وإن قال :**) وكِّل (« **عني** » . . **فالثاني وكيل الموكِّل**) لأن الموكل أذن بهـٰذا الشرط ، (**وكذا لو أطلق**) بأن قال : (وكِّل) ، ولم يقل : (عني) ، ولا (عنك) (**في الأصحِّ**) لأن توكيله الثاني تصرفٌ تعاطاه بإذن الموكل ، فوجب أن يقع عنه ، **والثاني** : أنه وكيل الوكيل ؛ لأن المقصود من الإذن تسهيلُ الأمر عليه .

وهـٰذا هو الأصحُّ في نظيره في القضاء ، إذا قال له الإمام : (استخلف) ، وأطلق .

وفُرِّق : بأن الوكيل ناظر في حقِّ الموكل ، فحمل الإطلاق علىٰ إرادته ، وفي القضاء الغرض : معاونته ، وهو راجع للمستنيب .

(**قلت : وفي هاتين الصورتين لا يَعزل أحدُهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله**) لأنه ليس وكيلاً عنه .

(**وحيث جوزنا للوكيل التوكيلَ . . يشترط أن يوكل أميناً**) رعايةً لمصلحة الموكل ، فلو وكل خائناً . . لم يصحَّ ؛ لأنه خلاف المصلحة .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣١٤) .

إِلاَّ أَنْ يُعَيِّنَ ٱلْمُوَكِّلُ غَيْرَهُ ، وَلَوْ وَكَّلَ أَمِيناً فَفَسَقَ . . لَمْ يَمْلِكِ ٱلْوَكِيلُ عَزْلَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ

[فيما يجب على الوكيل في الوكالة المقيدة]

قَالَ : (بِعْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ) ، أَوْ (فِي . . . .

وظاهر إطلاقه : أنه لا يجوز توكيل الخائن وإن كان الموكل عيَّن الثمن والمبيع منه ؛ لأنها استنابة عن الغير ، وهو أحد احتمالي صاحب « المطلب » .

(إلا أن يعين الموكِّل غيرَه) أي : غير الأمين ، فيتبع تعيينه لإذنه فيه .

(ولو وكل أميناً ففسق . . لم يملك الوكيل عزلَه في الأصحِّ ، والله أعلم) لأنه أذن له في التوكيل دون العزل ، وهـٰذا أقيس الوجهين في « زيادة الروضة »[(١)] ، ولا ترجيح في « الشرحين » ، ولم يصور المسألة[(٢)] .

وقد صورها في « الوسيط » بما إذا قال : (وكِّل عني)[(٣)] ، وفي معناه : الإطلاق ، وحينئذ فمنع العزل واضح ؛ لأنه ليس وكيلاً له .

واستشكل في « الكفاية » مقابلَه ولم يعلِّله[(٤)] ، وعلَّله في « المطلب » بأنه من توابع ما وكِّل فيه ، فأشبه الردَّ بالعيب عند التصريح بالسفارة ، وعلَّله غيرُه بأن الإذن اقتضىٰ توكيلَ أمين ، فإذا فسق . . لم يجز استعماله ، فملك عزلَه .

قال السبكي : والذي أقوله : أنا حيث جعلناه وكيلَ الوكيل . . فله عزله بكلِّ حال ، وحيث جعلناه وكيلَ الموكل . . فالقول بأن للوكيل عزلَه لا وجه له ، بل ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله بالفسق ، ويُصحَّح الانعزال ؛ كالقاضي ، وعدلِ الرهن .

* * *

(فصل : قال : « بع لشخص معين ») أي : قال له : (بع لزيد) مثلاً (أو « في

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣١٤) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٢٣٧) .
(٣) الوسيط (٣/ ٢٩٢) .
(٤) كفاية النبيه (١٠/ ٢٣٢) .

زَمَنٍ أَوْ مَكَانٍ مُعَيَّنٍ).. تعَيَّنَ ، وَفِي ٱلْمَكَانِ وَجْهٌ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ غَرَضٌ . وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بِمِئَةٍ).. لَمْ يَبِعْ بِأَقَلَّ ، وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ إِلاَّ أَنْ يُصَرِّحَ بِٱلنَّهْيِ . . . .

زمن أو مكان معين ».. **تعين**) تبعاً لتخصيصه ، **ومحلُّ تعيين المكان** : إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدره فباع في غيره.. صحَّ ؛ كما نقله المصنف عن ابن الصباغ والمتولي وغيرهما[1] .

(**وفي المكان وجه إذا لم يتعلق به غرض**) أنه لا يتعين ؛ لاتفاق الغرض فيها ، **وهـٰذا هو المنصوص** ؛ كما نقله في « المطلب » ، واختاره السبكي .

فإن تعلق به غرض ؛ بأن كان الراغبون فيه أكثر والنقد أجود.. فإنه لا يجوز البيع في غيره جزماً إذا لم يقدر الثمن ، وإن نهاه عن البيع في غيره.. امتنع مطلقاً .

(**وإن قال : « بع بمئة ».. لم يبع بأقلَّ**) ولو بقيراط ؛ لأنه مخالف للإذن ، (**وله أن يزيد**) لأن ذلك زيادةُ خير .

وقوله : (وله) يشعر بجواز البيع بالمئة وهناك راغب بزيادة ، **والأشبه في « الشرح الصغير »** ، **والأصح في « زيادة الروضة »** : المنع ، ولا ترجيح في « الكبير »[2] .

(**إلا أن يصرح بالنهي**) لأن النطق أبطل حكم العرف .

ويَرِد علىٰ حصره الاستثناء : ما لو قال : (بعه لزيد بمئة) ، فإنه ليس له الزيادة قطعاً ؛ لأنه ربما قصد محاباته ، قال الغزالي : إلا إذا علم خلافه بالقرينة[3] .

ولو قال : (اشتر عبد فلان بمئة) فاشتراه بأقلَّ منها.. صحَّ ، وفرق الماوردي : بأنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المئة ، وفي الشراء مأمور بدفع مئة ، ودفع الوكيل بعضَ المأمور جائز ، كذا نقله في « زيادة الروضة » وأقره[4] .

ونقضه في « الكفاية » بما إذا كان وكيلاً في البيع دون القبض فإنه لا يجوز البيع بالزيادة ، مع أنه لا قبض له ، ثم قال : والذي يظهر في الفرق : أن البيع لما كان ممكناً

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣١٥) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣١٦) ، والشرح الكبير (٥/ ٢٣٩) .

(٣) الوسيط (٣/ ٢٩٩) .

(٤) روضة الطالبين (٤/ ٣١٧) .

وَلَوْ قَالَ : (ٱشْتَرِ بِهَـٰذَا ٱلدِّينَارِ شَاةً) وَوَصَفَهَا ، فَٱشْتَرَىٰ بِهِ شَاتَيْنِ بِٱلصِّفَةِ ، فَإِنْ لَمْ تُسَاوِ وَاحِدَةٌ دِينَاراً . . لَمْ يَصِحَّ ٱلشِّرَاءُ لِلْمُوَكِّلِ ، وَإِنْ سَاوَتْهُ كُلُّ وَاحِدَةٍ . . فَٱلأَظْهَرُ : ٱلصِّحَّةُ وَحُصُولُ ٱلْمِلْكِ فِيهِمَا لِلْمُوَكِّلِ . . . .

من المعين ومن غيره . . كان التنصيص عليه دالاًّ علىٰ مراعاته ، ولما لم يمكن شراء العبد المعين من غير المذكور . . ضعف أن يكون التنصيص دالاًّ علىٰ مراعاته ، فإنه كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون لأجل التعريف[1] .

(**ولو قال** : « اشتر بهـٰذا الدينار شاة » ، ووصفها ، فاشترىٰ به شاتين **بالصفة** ، فإن لم تساو واحدةٌ ديناراً . . **لم يصحَّ الشراء للموكِّل**)[2] وإن زادت قيمتهما على الدينار لفوات ما وكل فيه .

واحترز بقوله : (**ووصفها**) عما إذا لم يصفها ، فإن التوكيل لا يصحُّ .

(وإن ساوته كلُّ واحدة . . **فالأظهر** : **الصحة وحصول الملك فيهما للموكِّل**) لأن عُروة البارقي فعل هـٰذا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له[3] ، ولأن مقصود الموكِّل قد حصل بزيادة ، فأشبه ما إذا أمره بأن يبيع بخمسة ، فباع بعشرة ، **والثاني** : لا تقع الشاتان معاً للموكل ؛ لأنه لم يأذن إلا في واحدة ، بل ينظر إن اشترىٰ في الذمة . . فللموكل واحدة بنصف دينار ، والأخرىٰ للوكيل ، وللموكل أن ينتزع الثانية منه ، ويقرر العقد فيهما له **على الأصحِّ** ؛ لأنه عقد العقد له ، وإن اشتراهما بعين الدينار ؛ فإن قلنا : بوقف العقود . . فإن شاء . . أخذهما ، وإن شاء . . أخذ واحدة بنصفه وردَّ الأخرىٰ على البائع ، وإن قلنا بعدم الوقف . . بطل في واحدة ، وفي الأخرىٰ قولا تفريقِ الصفقةِ ، لكن صحح المتولي هنا البطلان[4] .

وقوله : (وإن ساوته كلُّ واحدة) هو طريقة ، **والأصحُّ في** « **زيادة الروضة** » : أن الشرط : أن تكون إحداهما فقط مساوية للدينار[5] .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٢٤٧ـ٢٤٨) .
(٢) في (ب) و(د) : (فإن لم تساو كلُّ واحدة ديناراً) .
(٣) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) .
(٤) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه ، مقابله محب الدين ورفيقه . اهـ هامش (أ) .
(٥) روضة الطالبين (٤/ ٣١٩) .

وَلَوْ أَمَرَهُ بِٱلشِّرَاءِ بِمُعَيَّنٍ فَٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكِّلِ ، وَكَذَا عَكْسُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَمَتَىٰ خَالَفَ ٱلْمُوَكِّلَ فِي بَيْعِ مَالِهِ أَوِ ٱلشِّرَاءِ بِعَيْنِهِ . . فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ ٱلْمُوَكِّلَ . . وَقَعَ لِلْوَكِيلِ ، وَإِنْ سَمَّاهُ فَقَالَ ٱلْبَائِعُ : (بِعْتُكَ) ، فَقَالَ : (ٱشْتَرَيْتُ لِفُلَانٍ) . . فَكَذَا فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ : (بِعْتُ مُوَكِّلَكَ زَيْداً) ، فَقَالَ : (ٱشْتَرَيْتُ لَهُ) . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلَانُهُ . . . .

(ولو أمره بالشراء بمعين فاشترىٰ في الذمة . . لم يقع للموكِّل) لمخالفته ؛ لأنه أمره بعقد ينفسخ بتلف المدفوع ، حتىٰ لا يطالب الموكل بغيره ، وقد خالفه ، ويقع العقد للوكيل ، وإن صرح بالسفارة **على الأصحِّ** .

(**وكذا عكسه في الأصحِّ**) للمخالفة ، فإنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف المدفوع ، فأتىٰ بخلافه ، وقد يكون غرض الموكل تحصيلَ المبيع علىٰ كلِّ حال ، وعلىٰ هـٰذا لا يقع لواحد منهما ، **والثاني** : يقع للموكل ؛ لأنه زاد خيراً حيث لم يلزم ذمتَه شيئاً .

(**ومتىٰ خالف الموكِّل في بيع ماله**) أي : باع ماله علىٰ غير الوجه المأذون فيه (**أو الشراءِ بعينه**) أي : اشترىٰ له بعين ماله علىٰ وجه لم يأذن فيه (**فتصرفه باطل**) لأن المالك لم يرض بخروج ملكه علىٰ ذلك الوجه .

(**ولو اشترىٰ في الذمة**) مع المخالفة (**ولم يسمِّ الموكِّل . . وقع للوكيل**) دون الموكل وإن نواه ؛ لأن الخطاب وقع معه ، وإنما ينصرف بالنية إلى الموكل إذا كان موافقاً لإذنه ، فإذا خالف . . لغت نيته ، وصار كأجنبي يشتري لغيره في ذمته .

(**وإن سماه فقال البائع : « بعتك » ، فقال : « اشتريت لفلان » . . فكذا في الأصحِّ**) لأن تسمية الموكل في الشراء ليست شرطاً ، فإذا سماه ولم يمكن صرفُ العقد إليه . . صار كأنه لم يسمه ، **والثاني** : لا يصحُّ العقد بالكلية ؛ لأنه صرح بإضافته إلى الموكل ، وقد امتنع إيقاعه له ، فألغي .

وأصل الوجهين : الخلاف في أن الخصوص إذا بطل هل يبطل العموم ؟

(**ولو قال : « بعت موكِّلك زيداً » ، فقال : « اشتريت له » . . فالمذهب : بطلانه**) وإن وقع التصرف علىٰ وفق الإذن ؛ لأن الأحكام المتعلقة بمجلس العقد إنما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين ، فاعتبرنا جريان المخاطبة بينهما ، والمخاطبةُ هنا

وَيَدُ ٱلْوَكِيلِ يَدُ أَمَانَةٍ وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَإِنْ تَعَدَّىٰ . . ضَمِنَ وَلاَ يَنْعَزِلُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَأَحْكَامُ ٱلْعَقْدِ تَتَعَلَّقُ بِٱلْوَكِيلِ دُونَ ٱلْمُوَكِّلِ ، فَيُعْتَبَرُ فِي ٱلرُّؤْيَةِ ، وَلُزُومِ ٱلْعَقْدِ بِمُفَارَقَةِ ٱلْمَجْلِسِ وَٱلتَّقَابُضِ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، حَيْثُ يُشْتَرَطُ ٱلْوَكِيلُ دُونَ ٱلْمُوَكِّلِ . . . .

مفقودة ، بخلاف النكاح فإنه لا يصحُّ إلا علىٰ هٰذه الصورة ، وهو ترك الخطاب ؛ لأنه سفير محض .

وتعبيره بـ(المذهب) تبع فيه « المحرر » ، وكذا عبر في « الروضة » ، وعبارة الرافعي في « الشرحين » : **أنه ظاهر المذهب**[1] ، وهي لا تشعر بحكاية خلاف ألبتة ، ولم يذكر في « الروضة » ما يقابل المذهب .

نعم ؛ حكىٰ في « الكفاية » وجهين في ذلك عن الجويني ، فكان ينبغي التعبير بالأصحِّ[2] .

(**ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجُعل**) لأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة ، والضمان مناف لذلك ومنفر عنه .

(**فإن تعدىٰ . . ضمن**) كغيره من الأمناء .

(**ولا ينعزل في الأصحِّ**) لأن حقيقة الوكالة الإذنُ في التصرف ، والأمانة حكم يترتب عليه ، فلا يلزم من ارتفاع هٰذا الحكم بطلانُ أصل العقد ؛ كما لا يرتفع مقصود الرهن ، وهو التوثق ببطلان حكمه وهو الأمانة ، **والثاني** : ينعزل ؛ لأنها أمانة فترتفع بالتعدي ؛ كالوديعة ، وهٰذا إذا تعدىٰ بالفعل ، **فإن** تعدىٰ بالقول ؛ كما لو باع بغبن فاحش ولم يسلم . . لا ينعزل جزماً ؛ لأنه لم يتعد فيما وكل فيه ، ذكره في « الكفاية » عن « البحر »[3] .

(**وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكِّل ، فيُعتبر في الرؤية ، ولزومِ العقد بمفارقة المجلس ، والتقابضِ في المجلس ، حيث يشترط الوكيل دون الموكِّل**) لأن الوكيل هو العاقد حقيقة .

---

(١) المحرر (ص ١٩٨) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٢٤) ، الشرح الكبير (٥/ ٢٤٨) .
(٢) كفاية النبيه (١٠/ ٢٥١) .
(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٣١٥) .

فَإِذَا ٱشْتَرَى ٱلْوَكِيلُ . . طَالَبَهُ ٱلْبَائِعُ بِٱلثَّمَنِ إِنْ كَانَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ٱلْمُوَكِّلُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ إِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُعَيَّناً ، وَإِنْ كَانَ فِي ٱلذِّمَّةِ . . طَالَبَهُ إِنْ أَنْكَرَ وَكَالَتَهُ ، أَوْ قَالَ : (لاَ أَعْلَمُهَا) ، وَإِنِ ٱعْتَرَفَ بِهَا . . طَالَبَهُ أَيْضاً فِي ٱلأَصَحِّ كَمَا يُطَالِبُ ٱلْمُوَكِّلَ ، وَيَكُونُ ٱلْوَكِيلُ كَضَامِنٍ وَٱلْمُوَكِّلُ كَأَصِيلٍ . وَإِذَا قَبَضَ ٱلْوَكِيلُ بِٱلْبَيْعِ ٱلثَّمَنَ وَتَلِفَ فِي يَدِهِ وَخَرَجَ ٱلْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً . . رَجَعَ عَلَيْهِ ٱلْمُشْتَرِي وَإِنِ ٱعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ . ...

(فإذا اشترى الوكيل . . طالبه البائع بالثمن إن كان دَفَعه إليه الموكِّل)[1] لاقتضاء العرف ذلك ، (وإلا) أي : وإن لم يكن دفعه إليه (. . فلا إن كان الثمن مُعيَّناً) لأنه ليس في يده ، وحقّ البائع مقصور عليه .

(وإن كان في الذمة . . طالبه إن أنكر وكالته ، أو قال : « لا أعلمها ») لأن الظاهر : أنه يشتري لنفسه ، والعقد وقع معه .

(وإن اعترف بها . . طالبه أيضاً في الأصحِّ ؛ كما يطالب الموكِّل ، ويكون الوكيل كضامن ، والموكِّل كأصيل) لأن العقد وإن وقع للموكِّل لكن الوكيل فرعُه ونائبه ، فلذلك جوزنا مطالبتهما ، فعلىٰ هـٰذا يرجع الوكيل إذا غرم ، **والثاني** : لا يطالب الوكيل ؛ لأنه سفير محض ؛ كالوكيل في النكاح لا يطالب بالمهر ، **والثالث** : أنه يطالب الوكيل فقط ؛ لأن الالتزام وجد منه ، ورجحه الرافعي في مسألة خلع الأجنبي[2] .

(وإذا قبض الوكيل بالبيع الثمنَ وتلف في يده وخرج المبيع مستحقّاً . . رجع عليه المشتري وإن اعترف بوكالته في الأصحِّ) لأنه الذي تولّى القبض ، وحصل التلف في يده ، **والثاني** : يرجع به على الموكِّل ؛ لأن الوكيل سفيره ، ويده كيده ، ونسبه القاضي حسين إلىٰ عامة الأصحاب ، **والثالث** : يرجع علىٰ من شاء منهما ؛ للمعنيين .

(ثم يرجع الوكيل على الموكِّل) لأنه غره .

---

(١) في (ب) و(د) : (وإذا اشترى الوكيل) .
(٢) الشرح الكبير (٨/ ٤٦٣) .

قُلْتُ : وَلِلْمُشْتَرِي ٱلرُّجُوعُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ ٱبْتِدَاءً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ

[في بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به]

ٱلْوَكَالَةُ جَائِزَةٌ مِنَ ٱلْجَانِبَيْنِ ، فَإِذَا عَزَلَهُ ٱلْمُوَكِّلُ فِي حُضُورِهِ ، أَوْ قَالَ : (رَفَعْتُ ٱلْوَكَالَةَ) ، أَوْ (أَبْطَلْتُهَا) ، أَوْ (أَخْرَجْتُكَ مِنْهَا) . . ٱنْعَزَلَ . فَإِنْ عَزَلَهُ وَهُوَ غَائِبٌ . . ٱنْعَزَلَ فِي ٱلْحَالِ ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ حَتَّىٰ يَبْلُغَهُ ٱلْخَبَرُ . . . .

(قلت : وللمشتري الرجوع على الموكِّل ابتداء في الأصحِّ ، والله أعلم) لأن الوكيل مأمورٌ من جهته ، **والثاني** : لا ؛ لتلفه تحت يد الوكيل .

وجزم المصنف في نظيره من الرهن بتخيير المشتري بين رجوعه على العدل وبين رجوعه على الراهن ، والقرارُ عليه .

❊ ❊ ❊

(فصل : الوكالة جائزة من الجانبين) لضرر الإلزام ؛ فإنه قد يبدو للموكِّل ترك ما وكل فيه ، أو توكيلُ آخرَ ، والوكيل قد لا يتفرغ .

هـٰذا إذا لم يُذكر جُعل ، فإن ذكر جُعل معلوم ، ووجدت شروط الإجارة ؛ فإن عُقد بلفظ الإجارة . . فهو لازم ، أو بلفظ الوكالة . . قال الرافعي : فيمكن تخريجه علىٰ أن العبرة بصيغ العقود أم بمعانيها ، **والأصح في « البحر »** : أنه يكون جائزاً ؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة[1] ، وجزم به الجويني في « مختصره » .

(فإذا عزله الموكِّل في حضوره) أي : أتىٰ بلفظ العزل خاصة ، (أو قال) في حضوره : (« رفعت الوكالة » ، أو « أبطلتُها » ، أو « أخرجتك منها » . . انعزل) لدلالة كلٍّ من الألفاظ المذكورة عليه .

(فإن عزله وهو غائب . . انعزل في الحال) لأنه رفعُ عقد لا يُحتاج فيه إلى الرضا ، فلا يحتاج إلى العلم ؛ كالطلاق ، (وفي قول : لا حتىٰ يَبلغه الخبر) ممن تُقبل روايتُه ؛ لئلا يرتفع الوثوق عن تصرفه ، وقياساً على القاضي .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٥٦) ، بحر المذهب (٧/ ١٥٥) .

وَلَوْ قَالَ : (عَزَلْتُ نَفْسِي) ، أَوْ (رَدَدْتُ ٱلْوَكَالَةَ) . . ٱنْعَزَلَ . وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ أَحَدِهِمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ ٱلتَّصَرُّفِ بِمَوْتٍ أَوْ جُنُونٍ ، وَكَذَا إِغْمَاءٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبِخُرُوجِ مَحَلِّ ٱلتَّصَرُّفِ عَنْ مِلْكِ ٱلْمُوَكِّلِ . . . .

وفرق الرافعي : بأن عمل القاضي تتعلق به المصالح الكلية[1] ، قال الإسنوي : **ومقتضاه** : أن الحاكم في واقعة خاصة حكمُه حكم الوكيل .

(**ولو قال : « عزلت نفسي » ، أو « رددت الوكالة » . . انعزل**) للدلالة عليه ، وسواء كان الموكِّل حاضراً أو غائباً ؛ لأنه قطعٌ للعقد ، فلا يفتقر إلىٰ حضور من لا يُعتبر رضاه ؛ كالطلاق ، **وقيل** : إن كانت صيغةُ الموكِّل أمراً ؛ كـ(بع) ، و(أعتق) . . لم ينعزل بذلك ؛ لأن ذلك إذن وإباحة ، فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره . . فإنه لا يرتدُّ بردِّ المباح له .

(**وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت أو جنون**) لأنه لو قارن . . منع الانعقاد ، فإذا طرأ . . قطعه ، **والصواب** كما قاله في « المطلب » : أن الموت ليس بعزل ، بل انتهت الوكالة به ؛ كما قلنا في النكاح .

(**وكذا إغماء في الأصحِّ**) كالجنون ، **والثاني** : لا ؛ لأنه لم يلتحق بمن يولَّىٰ عليه ، واختاره السبكي تبعاً للإمام وغيره ، وقال القاضي الحسين : **إنه ظاهر المذهب** .

ويستثنىٰ **على الأول** : الوكيل في رمي الجمار ، فإنه لا ينعزل بإغماء الموكِّل **على الأصحِّ** ؛ كما ذكراه في الحجِّ[2] ، ومن الواضح أنه لا ينعزل بالنوم وإن خرج به عن أهلية التصرف .

(**وبخروج محلِّ التصرف عن ملك الموكِّل**) كبيعه أو إعتاقه ما وكله في بيعه ؛ لاستحالة بقاء الولاية والحالة هـٰذه .

وينعزل أيضاً بتزويج من وكله في بيعها ، وكذا بإيجارها وإن جوزنا بيع المستأجر ؛

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٥٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٤٤٠) ، وروضة الطالبين (٣/ ١١٥) .

وَإِنْكَارُ ٱلْوَكِيلِ ٱلْوَكَالَةَ لِنِسْيَانٍ أَوْ لِغَرَضٍ فِي ٱلإِخْفَاءِ لَيْسَ بِعَزْلٍ ، فَإِنْ تَعَمَّدَ وَلاَ غَرَضَ . . ٱنْعَزَلَ . وَإِذَا ٱخْتَلَفَا فِي أَصْلِهَا ، أَوْ صِفَتِهَا ؛ بِأَنْ قَالَ : (وَكَّلْتَنِي فِي ٱلْبَيْعِ نَسِيئَةً ، أَوِ ٱلشِّرَاءِ بِعِشْرِينَ) ، فَقَالَ : (بَلْ نَقْداً أَوْ بِعَشَرَةٍ) . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ بِيَمِينِهِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ جَارِيَةً بِعِشْرِينَ وَزَعَمَ أَنَّ ٱلْمُوَكِّلَ أَمَرَهُ ، فَقَالَ : (بَلْ بِعَشَرَةٍ) وَحَلَفَ ؛ فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ بِعَيْنِ مَالِ ٱلْمُوَكِّلِ وَسَمَّاهُ فِي ٱلْعَقْدِ أَوْ قَالَ بَعْدَهُ : (ٱشْتَرَيْتُهُ لِفُلاَنٍ وَٱلْمَالُ لَهُ) وَصَدَّقَهُ ٱلْبَائِعُ . . فَٱلْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ . . حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ بِٱلْوَكَالَةِ . . . .

لأن مريد البيع لا يؤجر غالباً ؛ كذا نقلاه عن « التتمة » وأقراه[1] .

(**وإنكار الوكيل الوكالةَ لنسيان أو لغرض في الإخفاء ليس بعزل ، فإن تعمد ولا غرض . . انعزل**) لأنه معذور في القسم الأول دون الثاني ، **وقيل** : ينعزل مطلقاً ، **وقيل** : لا مطلقاً ، ولو أنكر وقد ادعي عليه بحقٍّ علىٰ موكِّله ، فقامت البينة بقبوله . . فإنه لا ينعزل ، ولا تندفع عنه الخصومة ، إلا أن يعزل نفسه ، ذكره الجُوري .

(**وإذا اختلفا في أصلها**) بأن قال : (وكلتني في كذا) ، فقال : (ما وكلتك) ، (**أو صفتها ؛ بأن قال : « وكلتني في البيع نسيئة ، أو الشراء بعشرين » ، فقال : « بل نقداً أو بعشرة » . . صدق الموكِّل بيمينه**) أما في الأولىٰ . . فلأن الأصل عدمُ التوكيل ، وأما في الثانية . . فلأن من قُبل قولُه في شيء . . كان القول قولَه في صفته .

(**ولو اشترىٰ جاريةً بعشرين ، وزعم أن الموكِّل أمره ، فقال**) الموكِّل : (**« بل بعشرة »**) أي : أذنت في عشرة ، (**وحلف ؛ فإن اشترىٰ بعين مال الموكِّل وسماه في العقد ، أو قال بعده**) أي : العقد (**« اشتريته لفلان والمال له » ، وصدقه البائع**) علىٰ ذلك ، أو قامت به بينة (. . **فالبيع باطل**) لأنه قد ثبت بتسميته في الأولىٰ ، وتصديق البائع في الثانية أن المال والشراء لغير العاقد ، وثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل فيلغو ؛ لأن الشراء بعين مال الغير بغير إذنه باطلٌ ، وإذا بطل . . فالجارية للبائع ، وعليه ردُّ ما أخذ .

(**وإن كذبه**) البائع في الصورة الثانية بأن قال : (إنما اشتريت لنفسك ، والمال لك) ، ولا بينة (. . **حلف علىٰ نفي العلم بالوكالة**) إن ادعى الوكيل علمَه بها ،

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٥٥) ، وروضة الطالبين (٤/ ٣٣١) .

وَوَقَعَ ٱلشِّرَاءُ لِلْوَكِيلِ ، وَكَذَا إِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَلَمْ يُسَمِّ ٱلْمُوَكِّلَ ، وَكَذَا إِنْ سَمَّاهُ وَكَذَّبَهُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ صَدَّقَهُ . . بَطَلَ ٱلشِّرَاءُ . وَحَيْثُ حُكِمَ بِٱلشِّرَاءِ لِلْوَكِيلِ . . يُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَرْفُقَ بِٱلْمُوَكِّلِ لِيَقُولَ لِلْوَكِيلِ : (إِنْ كُنْتُ أَمَرْتُكَ بِعِشْرِينَ . . فَقَدْ بِعْتُكَهَا بِهَا) ، وَيَقُولُ هُوَ : (ٱشْتَرَيْتُ ؛ لِتَحِلَّ لَهُ) . وَلَوْ قَالَ : (أَتَيْتُ بِٱلتَّصَرُّفِ ٱلْمَأْذُونِ فِيهِ) ، وَأَنْكَرَ ٱلْمُوَكِّلُ . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلْوَكِيلُ . وَقَوْلُ ٱلْوَكِيلِ فِي تَلَفِ ٱلْمَالِ مَقْبُولٌ بِيَمِينِهِ ، . . . .

(ووقع الشراء للوكيل) في الظاهر ، وحينئذ فيسلم الثمن المعين إلى البائع ، ويغرم بدله للموكِّل .

(وكذا إن اشترىٰ في الذمة ، ولم يسمِّ الموكِّل) ولكن نواه . . فإن الشراء يقع للوكيل ظاهراً ، (وكذا إن سماه ، وكذبه البائع في الأصحِّ) أي : كذبه في الوكالة ؛ بأن قال : (سميته ولم تكن وكيله) ، والوجهان هنا : هما الوجهان المتقدمان في قول المصنف ، (فإن سماه) ، فقال البائع : (بعتك) ، فقال : (اشتريت لفلان) ، فكذا **في الأصح** ، وقد مرَّ تعليلهما .

(وإن صدقه . . بطل الشراء) لاتفاقهما علىٰ وقوع العقد للموكِّل ، وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه .

(وحيث حكم بالشراء للوكيل . . يستحب للقاضي أن يرفُق بالموكِّل) أي : يتلطف به (ليقول للوكيل : « إن كنت أمرتك بعشرين . . فقد بعتكها بها » ، ويقول هو : « اشتريت » لتحل له) باطناً ، ولا يضرُّ التعليق المذكور في صحة البيع ؛ للضرورة إليه .

(ولو قال) الوكيل : (« أتيتُ بالتصرف المأذون فيه » ، وأنكر الموكِّل . . صدق الموكِّل) لأن الأصل عدمُ التصرف وبقاء الملك ، (وفي قول : الوكيل) لأن الموكِّل قد ائتمنه ، فعليه تصديقه ، ولأنه مالك لإنشاء التصرف ، فيملك الإقرار به ؛ كالولي المجبر إذا أقر بنكاح موليته .

ومحلُّ الخلاف : إذا وقع النزاع قبل العزل ، فإن وقع بعده . . فالمصدق الموكِّل قطعاً ؛ لأن الوكيل غيرُ مالك لإنشاء التصرف حينئذ .

(وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه) من غير ضمان ؛ لأنه أمين ؛

وَكَذَا فِي ٱلرَّدِّ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ بِجُعْلٍ . . فَلاَ . وَلَوِ ٱدَّعَى ٱلرَّدَّ عَلَىٰ رَسُولِ ٱلْمُوَكِّلِ وَأَنْكَرَ ٱلرَّسُولُ . . صُدِّقَ ٱلرَّسُولُ ، وَلاَ يَلْزَمُ ٱلْمُوَكِّلَ تَصْدِيقُ ٱلْوَكِيلِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (قَبَضْتُ ٱلثَّمَنَ وَتَلِفَ) ، وَأَنْكَرَ ٱلْمُوَكِّلُ . . صُدِّقَ ٱلْمُوَكِّلُ إِنْ كَانَ قَبْلَ تَسْلِيمِ ٱلْمَبِيعِ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

كالمودع وغيره من الأمناء .

ومحلُّ القبول : إذا أطلق التلف ، فإن أسنده إلىٰ سبب . . فلا بدَّ فيه من التفصيل المذكور في الوديعة ؛ كما أشار إليه الرافعي في (كتاب الرهن)[١] .

(وكذا في الردِّ) علىٰ موكِّله ؛ لأنه إن كان بغير جُعل . . فقد أخذ العين لمحض غرض المالك فأشبه المودع ، وإن كان بجُعل . . فلأنه إنما أخذ العين لنفع المالك ، وانتفاعُه هو إنما هو بالعمل في العين لا بالعين نفسها .

وقضية إطلاق الشيخين : أنه لا فرق بين ما قبل العزل أو بعده ، لكن قال في « المطلب » : **إن محلَّه** : في حال قيام الوكالة ، فإن كان بعد العزل . . لم يقبل .

(وقيل : إن كان بجُعل . . فلا) لأنه أخذه لغرض نفسه في الأجرة ، فأشبه المرتهن .

(ولو ادعى الردَّ علىٰ رسول الموكِّل ، وأنكر الرسول . . صدق الرسول) لأنه لم يأتمنه فلا يُقبل قولُه عليه .

(ولا يلزم الموكلَ تصديقُ الوكيل على الصحيح) لأنه يدعي الردَّ علىٰ من لم يأتمنه ، فليُقم البينة عليه ، **والثاني** : يلزمه التصديق ، وبه أفتى ابن الصلاح ؛ لأنه معترف بالرسالة ، ويدُ رسوله كيده ، فكأنه يدعي الردَّ عليه ، قال ابن الصلاح : وإذا ادعىٰ أنه أشهد وضاعت الحجة . . فلا ضمان[٢] .

(ولو قال : « قبضت الثمن وتَلِف » ، وأنكر الموكِّل . . صدق الموكِّل إن كان قبل تسليم المبيع) لأن الأصل بقاءُ حقِّه ، (وإلا) أي : وإن كان بعد تسليم المبيع (. . فالوكيل على المذهب) لأن الموكِّل يدعي تقصيره وخيانته بالتسليم بلا قبض ،

---

(١) الشرح الكبير (٤/٥٢٨) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٤٦) .

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَالَ : (قَضَيْتُهُ) وَأَنْكَرَ ٱلْمُسْتَحِقُّ . . صُدِّقَ ٱلْمُسْتَحِقُّ بِيَمِينِهِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يُصَدَّقُ ٱلْوَكِيلُ عَلَى ٱلْمُوَكِّلِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ . وَقَيِّمُ ٱلْيَتِيمِ إِذَا ٱدَّعَىٰ دَفْعَ ٱلْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ ٱلْبُلُوغِ . . يَحْتَاجُ إِلَىٰ بَيِّنَةٍ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

والأصل عدمه ، **وقيل** : القول قولُ الموكِّل ؛ لأن الأصل بقاءُ حقِّه .

(**ولو وكله بقضاء دين ، فقال : « قضيته » ، وأنكر المستحق . . صدق المستحق بيمينه**) لأن الأصل عدمُ القضاء .

(**والأظهر : أنه لا يصدَّق الوكيل على الموكِّل إلا ببينة**) لأنه أمره بالدفع إلىٰ من لم يأتمنه ، فكان من حقِّه الإشهادُ عليه .

وعلىٰ هٰذا يأتي ما في رجوع الضامن من الاكتفاء بالمستور وبالواحد .

والثاني : يصدق عليه ؛ لأنه ائتمنه ، فأشبه ما لو ادعى الردَّ عليه . . **فعلى الأظهر** : إذا ترك الإشهاد على الدفع ، فإن دفع بحضرة الموكل . . فلا رجوع للموكل عليه في **الأصح** .

وإن دفع في غيبته . . رجع ، سواء صدقه الموكِّل بالدفع أم لا على **الصحيح** ؛ لتقصيره .

فلو قال : (دفعت بحضرتك) . . صدق الموكِّل بيمينه ، جزم به الرافعي[1] ؛ لأن الأصل عدمُ الحضور عند الدفع .

(**وقيِّم اليتيم إذا ادعىٰ دفعَ المال إليه بعد البلوغ**) والرشد (**يحتاج إلىٰ بينة على الصحيح**) لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ ﴾ .

فدلَّ علىٰ أنهم لو جحدوا . . لا بدَّ من البينة ؛ ولأنه لم يأتمنه حتىٰ يكلف تصديقه ، ويخالف الإنفاقَ فإنه يعسر إقامة البينة عليه .

والثاني : يقبل قوله بيمينه ؛ لأنه أمين فأشبه المودع ، وتحمل الآية على الإرشاد .

قال ابن الملقن : (**ومراده بالقيم** : من يقوم بأمره أباً كان أو جدّاً ، أو وصيّاً ، أو حاكماً) انتهىٰ[2] .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٢٦٨) .

(٢) عجالة المحتاج (٢/٨٤٨) .

وَلَيْسَ لِوَكِيلٍ وَلاَ مُودَعٍ أَنْ يَقُولَ بَعْدَ طَلَبِ ٱلْمَالِكِ : (لاَ أَرُدُّ ٱلْمَالَ إِلاَّ بِإِشْهَادٍ) فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلِلْغَاصِبِ وَمَنْ لاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ٱلرَّدِّ ذَلِكَ . . . .

وهو مردود فإن المصنف قال : (وقيم اليتيم) والأب لا يتم معه ، والجد في معناه لا سيما إذا قلنا : بأنه يُطلق عليه اسمُ الأب حقيقةً ، والوصي قد ذكره المصنف في آخر (الوصية) ، وجزم فيه بأنه لا يصدق(١) .

والظاهر : **أن مراده بالقيم** : منصوب القاضي فقط ، وهو اصطلاح الإمام والرافعي وغيرهما ، ولم يتعرض الشيخان للأب والجد ، **والمشهور فيهما** ؛ كما قاله في «المطلب» : عدم القبول أيضاً .

لكن جزم السبكي بقبول قولهما ، وبه صرح الماوردي(٢) .

(وليس لوكيل ولا مودَع أن يقول بعد طلب المالك : « **لا أردُّ المال إلا بإشهاد** » في **الأصحِّ**) لأن قوله في الردِّ مقبولٌ ، فلا حاجة إليه .

والثاني : له ذلك ؛ كيلا يحتاج إلى اليمين ، فإن الأمناء يحترزون عنها ما أمكنهم .

والثالث : إن اقتضى الإشهاد تأخيراً وتعويقاً للتسليم . . فليس له ، وإلاّ . . فله .

والرابع : إن كان قبضها بإشهاد . . فله ، وإلاّ . . فلا .

(وللغاصب ومن لا يُقبل قوله في **الردِّ ذلك**) أي : التأخير إلى الإشهاد ؛ لما أشار إليه المصنف من عدم قبول قوله .

هـٰذا إذا كان عليه بينة بالأخذ ؛ لأنه يحتاج إلىٰ بينة الأداء ، فإن لم يكن عليه بينة . . فوجهان ، **أصحهما عند البغوي** : أنه كما لو كان عليه بينة(٣) ، وهو ما أورده أكثر المراوزة والماوردي(٤) .

والثاني : وبه قال العراقيون : أنه ليس له ذلك ؛ لأنه يمكنه أن يقول : (ليس عندي شيء) ويحلف .

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٥٩) .
(٢) الحاوي الكبير (٨/٢٢٣) .
(٣) التهذيب (٤/٢٢٧) .
(٤) الحاوي الكبير (٨/٢١٧) .

وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ : (وَكَّلَنِي ٱلْمُسْتَحِقُّ بِقَبْضِ مَا لَهُ عِنْدَكَ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ) وَصَدَّقَهُ . . فَلَهُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ ، وَلَوْ قَالَ : (أَحَالَنِي عَلَيْكَ) وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ ٱلدَّفْعُ فِي ٱلأَصَحِّ .

واقتضىٰ إيراد الرافعي ترجيحه[1] ، ورجح الإسنوي الأول ، فإنه ربما رفعه إلىٰ قاض يرى الاستفصال ؛ كالمالكي فيسأله هل غصبت أم لا ؟

واستشكل في « المطلب » جوازَ التأخير للغاصب ؛ لأن التوبة واجبة على الفور ، وهي متوقفة على الردِّ .

وتعبير المصنف بـ(الردِّ) لا يشمل الدين ، وحكمُه حكم من لا يقبل قوله في الردِّ ، فلو عبر بالدفع . . لشمله .

(ولو قال رجل : « وكلني المستحق بقبض ما له عندك من دين أو عين » ، وصدقه) الذي عنده (. . فله دفعه إليه) لأنه محق بزعمه .

(والمذهب) المنصوص (أنه لا يلزمه) الدفع (إلا ببينة علىٰ وكالته) لاحتمال إنكار الموكِّل الوكالة .

وقيل : يلزمه ؛ كما إذا ادعىٰ أنه وارثه وصدقه . . **فإن المنصوص** : أنه يلزمه ، **والصحيح** : تقرير النصين .

والفرق : أن في اعترافه بالإرث صار الحقُّ للوارث ، وحصل اليأس من التكذيب ، بخلاف الوكالة .

واحترز بقوله : (وصدقه) عما إذا لم يصدقه ؛ فإنه لا يكلف الدفع إليه قطعاً .

(ولو قال : « أحالني عليك ») وقبلت الحوالة (وصدقه . . وجب الدفع في الأصحِّ) لاعترافه بانتقال الحقِّ إليه ، فأشبه الوارث .

والثاني : لا ؛ لاحتمال إنكار صاحب الحقِّ الحوالةَ .

واحترز بقوله : (وصدقه) عما إذا كذبه ولم تكن بينة ؛ فله تحليفه إن ألزمناه الدفعَ إذا صدقه .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٦٩) .

قُلْتُ : وَإِنْ قَالَ : (أَنَا وَارِثُهُ) وَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ ٱلدَّفْعُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

وإلا . . فينبني علىٰ أن النكول وردَّ اليمين كإقامة البينة من المدعي ، أو كالإقرار من المدعىٰ عليه .

إن قلنا بالأول . . فله تحليفه ؛ طمعاً في أن ينكل ، فيحلف المحتال .

وإن قلنا بالثاني . . فلا .

(**قلت : وإن قال : « أنا وارثه »**) الحائز (**وصدقه . . وجب الدفع على المذهب ، والله أعلم**) لاعترافه بانتقال الحقِّ إليه ، ويأسه عن الإنكار ، وفيه قول مُخرَّج من دعوى الوكالة ، كما مرَّ قريباً ، وقد سبق الفرق .

* * *

كتاب الإقرار

يَصِحُّ مِنْ مُطْلَقِ ٱلتَّصَرُّفِ ، وَإِقْرَارُ ٱلصَّبِيِّ وَٱلْمَجْنُونِ لاَغٍ ، فَإِنِ ٱدَّعَى ٱلْبُلُوغَ بِٱلِاحْتِلاَمِ مَعَ ٱلإِمْكَانِ . . صُدِّقَ . . . .

(كتاب الإقرار)

هو في **اللغة** : الإثبات ، وفي **الشرع** : إخبار عن حقٍّ سابق على المخبر .

والأصل فيه : قوله تعالىٰ : ﴿ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِمْ ﴾ ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « ٱغْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَىٰ ٱمْرَأَةِ هَـٰذَا ، فَإِنِ ٱعْتَرَفَتْ . . فَٱرْجُمْهَا »[1] ، والإجماع قائم على المؤاخذة به .

(**يصح من مطلق التصرف**) بالاتفاق .

نعم ؛ يشترط فيه : الاختيار ، وألا يكذّبه حسّ ولا شرع كما سيأتي .

(**وإقرار الصبي والمجنون لاغ**) كتصرفهما ، وسواء المراهق وغيره ، أذن الولي أو لم يأذن .

ويستثنىٰ : إقرار المميّز بالتدبير والوصية إذا صححنا ذلك منه .

وقضيته : أن يلتحق بهما إقراره بالإسلام إذا صححناه منه ؛ كما قاله ابن الرفعة[2] .

وفي معنى المجنون : من أغمي عليه ، ومن لم يعص بسكره ، ومن زال عقله بسبب لا يعذر فيه ؛ كالسكران ، **والأظهر** : قبول إقراره .

(**فإن ادعى البلوغ بالاحتلام مع الإمكان**) بأن يكون في سنٍّ يحتمل البلوغ (. . **صُدّق**) لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته .

والمراد : الإنزال في يقظة أو منام ، ودعوى الجارية الحيضَ كدعوى الاحتلام .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣١٤ ، ٢٣١٥) ، ومسلم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما .

(٢) كفاية النبيه (١٩/ ٣٢٠) .

وَلاَ يُحَلَّفُ ، وَإِنِ ٱدَّعَاهُ بِٱلسِّنِّ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ . وَٱلسَّفِيهُ وَٱلْمُفْلِسُ سَبَقَ حُكْمُ إِقْرَارِهِمَا . وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ ٱلرَّقِيقِ بِمُوجِبِ عُقُوبَةٍ ، وَلَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ جِنَايَةٍ لاَ تُوجِبُ عُقُوبَةً فَكَذَّبَهُ ٱلسَّيِّدُ . . تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِدَيْنِ مُعَامَلَةٍ . . لَمْ يُقْبَلْ عَلَى ٱلسَّيِّدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَأْذُوناً لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ ، . . . .

(**ولا يُحلّف**) لأنه إن كان صادقاً . . فلا حاجة إلى اليمين ، وإن كان كاذباً . . فلا فائدة في يمينه ؛ لأن يمين الصبي غيرُ منعقدة .

وما جزم به : من أنه لا يحلف . . كذا في « الروضة » و« أصلها » هنا ، وفي (الدعاوىٰ) في (باب اليمين)[1] ، لكن صححا في (باب النكول) : أن ولد المرتزق إذا ادّعى البلوغ بالاحتلام وطلب إثبات اسمه في الديوان . . أنه يحتاج إلى اليمين إن اتهم .

ومثلُه : إذا حضر المراهق الوقعةَ فادعى الاحتلام وطلب السهم . . فيعطىٰ إن حلف ، وإلا . . فوجهان ؛ **أصحُّهما** : لا يعطىٰ[2] .

(**وإن ادعاه بالسن . . طولب ببينة**) لإمكان إقامتها .

(**والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما**) في بابهما .

(**ويُقبَل إقرارُ الرقيق بموجِب**) أي : بكسر الجيم (**عقوبة**) كالزنا ، والقصاص والسرقة بالنسبة إلى القطع لا في المال **في الأظهر** ؛ لبعد التهمة .

(**ولو أقرّ بدينِ جناية لا توجب عقوبة**) كجناية الخطأ والغصب والإتلاف (**فكذبه السيد . . تعلّق بذمته دون رقبته**) للتهمة ، فيتبع به إذا عتق .

واحترز بقوله : (**فكذبه**) : عما إذا صدّقه السيد ولم يكن مرهوناً ولا جانياً . . فإنه يتعلق برقبته ويباع ، إلا أن يفديه بأقلِّ الأمرين من قيمته وقدر الدين ، وإذا بيع فبقي شيء من الدين . . **فالأظهر** : أنه لا يُتبَع به إذا عَتَق .

(**وإن أقرّ بدين معاملة . . لم يُقبل على السيد إن لم يكن مأذوناً له في التجارة**) ، بل يتعلق بذمته يُتبَع به إذا عَتَق ، سواء صدّقه السيد أم لا ؛ لتقصير من عامله ، بخلاف الجناية .

---

(١) روضة الطالبين (٤/٣٤٩ ، ١٢/٣٨) ، الشرح الكبير (٥/٢٧٥ ، ١٣/٢٠١) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/٢١٦) ، روضة الطالبين (١٢/٤٩) .

وَيُقْبَلُ إِنْ كَانَ ، وَيُؤَدِّي مِنْ كَسْبِهِ وَمَا فِي يَدِهِ . وَيَصِحُّ إِقْرَارُ ٱلْمَرِيضِ مَرَضَ ٱلْمَوْتِ لِأَجْنَبِيٍّ ، وَكَذَا لِوَارِثٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ بِدَيْنٍ ، وَفِي مَرَضِهِ لآخَرَ . . لَمْ يُقَدَّمِ ٱلأَوَّلُ .

(ويُقبل إن كان) مأذوناً له ؛ لقدرته على الإنشاء ، **ومحلُّه** : إذا لم يحجر عليه السيد ، فإن حجر . . فلا **في الأصحِّ** ؛ لعجزه عن الإنشاء حينئذ ، **ومحلُّه أيضاً** : إذا كان متعلقاً بالتجارة ، فإن كان مما لا يتعلق بها ؛ كالقرض . . فلا يقبل الإقرار به على السيد .

(ويؤدي من كسبه وما في يده)[1] لما مرَّ في (باب العبد المأذون) .

(ويصحُّ إقرار المريض مرضَ الموت لأجنبي) بالمال ، عيناً كان أو ديناً بالإجماع ؛ كما ذكره الغزالي[2] .

قال القفال : ولو أراد الورثة تحليف المقَر له على الاستحقاق . . لم يكن لهم ذلك .

(وكذا لوارث على المذهب) كالأجنبي ؛ لأنه انتهىٰ إلىٰ حالة يَصدُق فيها الكاذب ويتوب الفاجر ، **فالظاهر** : أنه لا يُقِرُّ إلا عن تحقيق ، ولا يَقصِد حرماناً ، **وفي قول** : لا يصحُّ ؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة ، **والطريق الثاني** : القطع بالقبول .

واختار الروياني مذهب مالك : وهو أن الحاكم يجتهد فيه ؛ فإن كان متهماً . . لم يقبل إقراره ، وإلا . . فيقبل ؛ لفساد الزمان[3] ، وقوّاه أبو علي الفارقي .

ولو ادّعىٰ باقي الورثة على المُقَرِّ له : أنه لا حقيقة لذلك ، فاحلف أنه أقر لك بحقٍّ لازم كان يلزمه الإقرارُ به . . فعليه أن يحلف ، فإن نكل . . حلف باقي الورثة وقاسموه ، قاله السنجي في « شرح التلخيص » .

والاعتبار في كونه وارثاً : بحال الموت لا بحال الإقرار **على الأصحِّ** .

(ولو أقر في صحته بدين ، وفي مرضه لآخر . . لم يُقدَّم الأول) ، بل يقسم بينهما ؛ كما لو ثبتا بالبينة .

---

(١) في (ب) و(د) : (ومما في يده) .
(٢) الوسيط (٣/ ٣٢٠) .
(٣) انظر « بحر المذهب » (٦/١١٧ـ١١٨) .

وَلَوْ أَقَرَّ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ وَأَقَرَّ وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لآخَرَ . . لَمْ يُقَدَّمِ ٱلأَوَّلُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُ مُكْرَهٍ . وَيُشْتَرَطُ فِي ٱلْمُقَرِّ لَهُ أَهْلِيَّةُ ٱسْتِحْقَاقِ ٱلْمُقَرِّ بِهِ ، فَلَوْ قَالَ : (لِهَـٰذِهِ ٱلدَّابَّةِ عَلَيَّ) كَذَا . . فَلَغْوٌ ، فَلَوْ قَالَ : (بِسَبَبِهَا لِمَالِكِهَا) . . وَجَبَ ، وَلَوْ قَالَ : (لِحَمْلِ هِنْدٍ كَذَا بِإِرْثٍ أَوْ وَصِيَّةٍ) . . لَزِمَهُ . . . .

(ولو أقر في صحته أو مرضه) بدين (وأقر وارثُه بعد موته لآخر . . لم يقدم الأول في الأصحِّ) لأن الوارث خليفةُ المورث ، فإقراره كإقراره ، والثاني : يقدم ؛ لأنه بالموت تعلق بالتركة ، فلا يتمكن الوارث من صرفها عنه .

(ولا يصحُّ إقرار مُكرَه) بما أُكرِه عليه ؛ كسائر تصرفاته .

وإقرار المرتد في بدنه لازم ، وكذا في ماله قبل الحجر عليه ، وبعده إن قلنا : حجرُه كحجر المرض ، فإن قلنا : كحجر السفه . . ففي صحة إقراره وجهان .

(ويشترط في المُقَر له : أهلية استحقاق المُقَر به) لأن الإقرار بدونه كذب ، فلو أقرّ بدين للغير عَقِب ثبوته بحيث لا يحتمل جريان ناقل . . لم يصحَّ .

ولو أعتق عبده ثم أقر هو أو غيره له بمال في الحال . . لم يصحَّ ؛ للعلم بأنه لا يملك قبل العتق .

(فلو قال : « لهـٰذه الدابة عليّ كذا » . . فلغو) لأنها لا تملك شيئاً ولا تستحقّه .

(فلو قال : « بسببها)[1] عليّ (لمالكها ») كذا (. . وجب) لأنه إقرار للمالك لا لها ، وهي السبب ؛ إما بجناية عليها ، وإما باستيفاء منافعها بإجارة أو غصب .

وقول المقِر : (لمالكها) : محمول على مالكها الآن ؛ لأنه الظاهر وإن احتمل أنه يريد مالكاً آخر قبله .

فلو اقتصر على قوله : (بسببها) ولم يقل : (لمالكها) . . لم يلزم أن يكون المال لمالكها في الحال ، ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه ؛ كما قاله الرافعي[2] .

(ولو قال : « لحَمْل هند) عليّ أو عندي (كذا بإرث أو وصية » . . لزمه)

---

(١) في (ب) و(د) : (فإن قال : بسببها) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٢٨٥) .

وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَىٰ جِهَةٍ لاَ تُمْكِنُ فِي حَقِّهِ . . فَلَغْوٌ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَإِذَا كَذَّبَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ ٱلْمُقِرَّ . . تُرِكَ ٱلْمَالُ فِي يَدِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

لإمكانه ، والخصم في ذلك ولي الحمل ؛ كما نصَّ عليه في « الأم »[1] .

(وإن أسنده إلىٰ جهة لا تمكن في حقِّه) كقوله : (له عليّ ألفٌ ثمن عين باعها مني) (. . فلغو) للقطع بكذبه فيما قاله .

وما جزم به تبع فيه « المحرر »[2] ، وصحح الرافعي في « الشرحين » : **القطع بالصحة** ؛ لأنه عقّبه بما هو غير معقول ولا منتظم ، فأشبه ما إذا قال : (لفلان عليّ ألف لا يلزمني)، قال في «زيادة الروضة»: **الأصح** : البطلان ؛ كما في « المحرر »[3] .

قال السبكي : وما رجحه الرافعي في « الشرح » **أقوىٰ** ، لكن إطلاق « الأم » يشهد لما في « المحرر » و« المنهاج » انتهىٰ .

وقال في « الأنوار » : إسناد الفساد إلى « المحرر » وَهَمٌ ، بل معنىٰ كلامه : أن الإسنادَ نفسه لغو والإقرارَ نفسه صحيح . انتهىٰ[4] ، وذكر الأَذْرَعي نحوه ثم قال : وأما القطع بإلغاء الإقرار . . فلم أره لأحد ممن يقول بصحة الإقرار المطلق .

(وإن أطلق) الإقرار فلم يسنده إلىٰ شيء (. . **صحَّ في الأظهر**) حملاً للكلام على الجهة الممكنة في حقه ؛ لأن كلام المكلف يحمل على الصحة في الأقارير ما أمكن ، وهو ممكن هنا ؛ لجواز ملكه بطريق صحيح من وصية أو إرث ، **والثاني** : **لا يصحُّ** ؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة أو جناية ، ولا مَسَاغَ للمعاملة مع الحمل ولا للجناية عليه ، فيُحمَلُ إطلاقه على الوعد .

(وإذا كذّب المقَر له المقِر . . تُرِك المال في يده في الأصحِّ) لأنا لا نعرف مالكه ، فذو اليد أولى الناس بحفظه ، ولأن يده تشعر بالملك ظاهراً ، والإقرار الطارىء عَارَضَه إنكارُ المقَر له ، فسقط .

---

(١) الأم (٤/٥٠٣) .
(٢) المحرر (ص ٢٠١) .
(٣) الشرح الكبير (٥/٢٨٦) ، روضة الطالبين (٤/٣٥٧) .
(٤) الأنوار (١/٥٠٠) .

فَإِنْ رَجَعَ ٱلْمُقِرُّ فِي حَالِ تَكْذِيبِهِ وَقَالَ : (غَلَطٌ) . . قُبِلَ قَوْلُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ .

وقضية التعليل **الأول** : أن تكون يدُه يدَ استحفاظ ، وهو قضية كلام الإمام والغزالي وغيرهما[1] ، وقال في « المطلب » : **إنه الأشبه** .

وقضية التعليل **الثاني** : أن تكون يدَ ملك ، وهو قضية كلام « المهذب » ، وصرح به المتولي ، وجزم به الشيخان عند رجوع المقَر له عن التكذيب[2] .

ومقابل الأصحِّ : وجهان : **أحدهما** : ينزعه الحاكم ويتولىٰ حفظه إلىٰ أن يظهر مالكه ؛ كالمال الضائع ، فإن رأى استحفاظ صاحب اليد . . جاز ؛ كغيره ، **والثاني** : يُجبَر المقَر له على القبول والقبض ، واستبعده الرافعي[3] .

والخلاف جارٍ في العين والدين ؛ كما صرّحا به بعد هٰذه بقليل قبيل الركن الثاني[4] ، وقولُ ابن الرفعة في « المطلب » : **إن محلَّ الخلاف** : في العين ، وأجراه ابن يونس في الدين أيضاً ، ولم أره لغيره . . مستغربٌ .

(**فإن رجع المقِر في حال تكذيبه وقال** : « غلطٌ ») أو (تعمدُ الكذب)[5] (. . **قبل قوله في الأصحِّ**) هٰذه المسألة مبنية على الخلاف السابق ؛ فإن قلنا : **بالأصحِّ** ـ وهو أنه يترك المال في يد المقِر ـ . . فقد أبطلنا حكم الإقرار ، وحينئذ يقبل رجوعه في مسألتنا ، وإن قلنا : يحفظه القاضي . . فلا يُقبل رجوعه ؛ لأنا لم نبطل حكمَ إقراره .

وقوله : (في حال تكذيبه) يعني : تكذيب المقَر له ، **وهو يوهم** : أنه لو رجع المقَر له وصدّقه على الإقرار . . أنه لا يكون كذلك ، وليس كذلك ؛ **فإن الأصحَّ** : أن رجوع المقَر له غير مقبول ، ولا يُصرفَ إليه إلا بإقرار جديد .

* * *

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٧٨) ، الوجيز (ص ٢٢٤) .

(٢) المهذب (٢/ ٤٤١) ، الشرح الكبير (٥/ ٢٨٨) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٥٨ـ ٣٥٩) .

(٣) الشرح الكبير (٥/ ٢٨٨) .

(٤) الشرح الكبير (٥/ ٢٨٩) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٥٩ـ ٣٦٠) ، كذا في جميع النسخ ، والكلام قبيل الركن الثالث .

(٥) في (ب) و(د) : (غلطت أو تعمدت الكذب) .

فَصْلٌ

[في الصيغة]

قَوْلُهُ : (لِزَيْدٍ كَذَا) . . صِيغَةُ إِقْرَارٍ ، وَقَوْلُهُ : (عَلَيَّ) وَ(فِي ذِمَّتِي) . . لِلدَّيْنِ ، وَ(مَعِي) وَ(عِنْدِي) . . لِلْعَيْنِ . وَلَوْ قَالَ : (لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ) ، فَقَالَ : (زِنْ) ، أَوْ (خُذْ) ، أَوْ (زِنْهُ) ، أَوْ (خُذْهُ) ، أَوِ (ٱخْتِمْ عَلَيْهِ) ، أَوِ (ٱجْعَلْهُ فِي كِيسِكَ) . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ ، وَلَوْ قَالَ : (بَلَىٰ) ، أَوْ (نَعَمْ) ، أَوْ (صَدَقْتَ) ، أَوْ (أَبْرَأْتَنِي مِنْهُ) ، أَوْ (قَضَيْتُهُ) ، أَوْ (أَنَا مُقِرٌّ بِهِ) . . فَهُوَ إِقْرَارٌ ، . . . .

(فصل : قوله : « لزيد كذا » . . صيغة الإقرار) لأن اللام تدل على الملك ، قال السبكي : هٰذا إذا وُصِل به شيء من الألفاظ الآتية ؛ أي : (عليّ) ، و(عندي) ، ونحوهما ، وإلا . . فهو خبر لا يقتضي ثبوتَ حقٍّ على المُخبِر ، ولا عنده .

(وقوله : « عليّ » و« في ذمتي » . . للدين) الملتزم في الذمة ؛ لأنه المتبادر منه عرفاً .

ولو عبّر بـ(أو) بدلَ (الواو) . . لكان أحسن ، وكذا قوله : (معي وعندي) **لئلا يوهم أن المراد** : الهيئة الاجتماعية .

(و« معي » و« عندي » . . للعين) لأنهما ظرفان ، فيحمل عند الإطلاق علىٰ أدنى المراتب ، وهي الوديعة ، فإذا ادعىٰ تلفها بعد الإقرار ، أو ردَّها . . قبل قولُه بيمينه ، بخلاف الدين .

(ولو قال : « لي عليك ألف » ، فقال : « زِنْ » ، أو « خذ » ، أو « زنه » ، أو « خذه » ، أو « اختم عليه » ، أو « اجعله في كيسك » . . فليس بإقرار) لأنه ليس بالتزام ، وإنما يُذكَر للاستهزاء .

(ولو قال : « بلىٰ » ، أو « نعم » ، أو « صدقتَ » ، أو « أبرأتني منه » ، أو « قضيتُه » ، أو « أنا مقرّ به » . . فهو إقرار) ، **أما الثلاثة الأوائل** . . فلأنها ألفاظ موضوعة للتصديق والموافقة ، وفي معناها : (أَجَلْ) و(جَيْرِ) .

وأما دعوى الإبراء والقضاء . . فلأنه قد اعترف بالشغل وادعى الإسقاط ، والأصلُ عدمه .

وَلَوْ قَالَ : (أَنَا مُقِرٌّ) ، أَوْ (أَنَا أُقِرُّ بِهِ) . . فَلَيْسَ بِإِقْرَارٍ . وَلَوْ قَالَ : (أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ كَذَا ؟) فَقَالَ : (بَلَىٰ) ، أَوْ (نَعَمْ) . . فَإِقْرَارٌ ، وَفِي (نَعَمْ) وَجْهٌ . وَلَوْ قَالَ : (ٱقْضِ ٱلأَلْفَ ٱلَّذِي لِي عَلَيْكَ) ، فَقَالَ : (نَعَمْ) ، أَوْ (أَقْضِي غَداً) ، أَوْ (أَمْهِلْنِي يَوْماً) ، أَوْ (حَتَّىٰ أَقْعُدَ) ، أَوْ (أَفْتَحَ ٱلْكِيسَ) ، أَوْ (أَجِدَ) . . فَإِقْرَارٌ فِي ٱلأَصَحِّ .

وأما قوله : (أنا مقرّ به) . . فلأن المفهوم منه : الاعتراف .

قال الرافعي : وكلامهم يدل : علىٰ أن الحكم بكونه إقراراً . . **محله** : ما إذا خاطبه فقال : (أنا مقر به لك) ، وإلا . . فيحتمل الإقرار به لغيره[1] .

(ولو قال : « أنا مقر ») ولم يقل : (به) ، **(أو « أنا أقر به » . . فليس بإقرار)**

أما الأول : فلجواز أن يريد الإقرار بالوحدانية ، أو ببطلان دعواه ، **وأما الثاني** : فلاحتمال الوعد بالإقرار في ثاني الحال .

(ولو قال : « أليس لي عليك كذا ؟ » فقال : « بلىٰ » ، أو « نعم » . . فإقرارٌ ، وفي « نعم » : وجه) .

اعلم : أن أهل اللغة قالوا : إن (بلىٰ) تكذيبٌ للنفي الذي دخل عليه الاستفهام ، و(نعم) تصديقٌ له ؛ فإذا قيل بعد (ألم يقم زيد ؟) : نعم . . **فمعناه** : لم يقم ، وإن قيل : (بلىٰ) . . **فمعناه** : أنه قام ؛ لأن نفيَ النفيِ إثبات .

إذا تقرر هـٰذا . . فالجزم في مسألتنا بأن بلىٰ إقرار . . قد اجتمع عليه العرف واللغة ، **ومنشأ الخلاف في (نعم)** : تعارُض العرف واللغة ، **فوجه الأصحِّ** : أن الإقرار يُحمَل علىٰ مفهوم أهل العرف لا علىٰ دقائق العربية ، **ووجه مقابله** : أن ذلك مقتضاه في اللغة ، ورجحه ابن الرفعة[2] .

(ولو قال : « اقضِ الألف الذي لي عليك » ، فقال : « نعم » ، أو « أقضي غداً » ، أو « أمهلني يوماً » ، أو « حتىٰ أقعد » ، أو « أفتح الكيس » ، أو « أجد » . . فإقرارٌ في الأصحِّ) لأنه المفهوم من هـٰذه الألفاظ عرفاً ، **والثاني** : لا ؛ لأنه ليس بصريح في الالتزام .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٢٩٧) .

(٢) كفاية النبيه (١٩/ ٣٦٤) .

فَصْلٌ

[في شروط المُقرِّ به]

يُشْتَرَطُ فِي ٱلْمُقَرِّ بِهِ أَلاَّ يَكُونَ مِلْكاً لِلْمُقِرِّ ، فَلَوْ قَالَ : (دَارِي) ، أَوْ (ثَوْبِي) ، أَوْ (دَيْنِي ٱلَّذِي لِي عَلَىٰ زَيْدٍ لِعَمْرٍو) . . فَهُوَ لَغْوٌ ، وَلَوْ قَالَ : (هَـٰذَا لِفُلاَنٍ وَكَانَ مِلْكِي إِلَىٰ أَنْ أَقْرَرْتُ) . . فَأَوَّلُ كَلاَمِهِ إِقْرَارٌ وَآخِرُهُ لَغْوٌ . وَلْيَكُنِ ٱلْمُقَرُّ بِهِ فِي يَدِ ٱلْمُقِرِّ لِيُسَلَّمَ بِٱلإِقْرَارِ لِلْمُقَرِّ لَهُ . فَلَوْ أَقَرَّ وَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَارَ . . عُمِلَ بِمُقْتَضَى ٱلإِقْرَارِ ، . . . .

(فصل : يُشترَط في المقَر به : ألا يكون ملكاً للمقِر) لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك ، وإنما هو : إخبار عن كونه مملوكاً للمقَر له ، فلا بدَّ من تقدّم المُخبَر عنه على الخبر .

(فلو قال : « داري » ، أو « ثوبي » ، أو « دَيني الذي لي علىٰ زيد لعمرو » . . فهو لغو)[1] لأن الإضافة إليه تقتضي الملك حقيقة ، فينافي إقراره به لغيره ، فحمل على الوعد بالهبة .

(ولو قال : « هـٰذا لفلان ، وكان ملكي إلىٰ أن أقررتُ » . . فأول كلامه إقرار وآخره لغو) فيُطرَح آخره ويؤاخذ بأوله ؛ لأنه مشتمِلٌ علىٰ جملتين مستقلتين ، ولو عكس فقال : (هـٰذا ملكي هـٰذا لفلان) . . صحَّ الإقرار أيضاً ؛ كما صرح به الإمام[2] .

(وليكن المقَر به) من الأعيان (في يد المقِر) حسّاً أو حكماً (ليُسلَّم بالإقرار للمقَر له) لأنه إذا لم يكن كذلك . . كان كلامه إما دعوىٰ عن الغير بغير إذنه ، أو شهادةً بغير لفظها ، فلم ينظر إليه .

(فلو أقر ولم يكن في يده ثم صار . . عُمل بمقتضى الإقرار) لأن الشرط قد وجد فواخذناه[3] .

ويشترط في اليد : الاستقلال ، فإن كانت يده نائبةً عن غيره ؛ بأن أقر بمال تحت

---

(١) في (ب) و(د) : (أو ديني الذي علىٰ زيد) .

(٢) نهاية المطلب (٧/ ١٠١) .

(٣) آخذه بالمدِّ مؤاخذةً ، والأمر منه آخِذْ ، وتبدل واواً في لغة اليمن ، فيقال : واخذه مواخذة ، وقرىء بها في المتواتر . اهـ « تاج العروس » (٩/ ٣٦٧) .

فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ ٱشْتَرَاهُ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ قَالَ : (هُوَ حُرُّ ٱلأَصْلِ) . . فَشِرَاؤُهُ ٱفْتِدَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ : (أَعْتَقَهُ) . . فَٱفْتِدَاءٌ مِنْ جِهَتِهِ وَبَيْعٌ مِنْ جِهَةِ ٱلْبَائِعِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، فَيَثْبُتُ فِيهِ ٱلْخِيَارَانِ لِلْبَائِعِ فَقَطْ . وَيَصِحُّ ٱلإِقْرَارُ بِٱلْمَجْهُولِ ، . .

يده ليتيم أو جهةِ وقف وهو ناظره . . لم يصحَّ إقراره ، قاله ابن الصلاح في « فتاويه »[1] .

(فلو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراه . . حكم بحريته) وترتفع يده عنه ؛ لوجود شرط العمل بالإقرار ، ويصحُّ الشراء والحالة هٰذه ؛ تنزيلاً للعقد علىٰ قول من صدقه الشارع ـ وهو البائع ـ وإن اعتقد المشتري حريته ؛ استنقاذاً له من رقٍّ ظالم ؛ لما ذكرناه من وجود الشرط .

ولو قال : (بحرية شخص) بدل (عبد) . . لكان أولىٰ ؛ لئلا تتناقض الحرية .

(ثم إن كان قال : « هو حر الأصل » . . فشراؤه افتداء) من جهة المشتري ؛ كما صرح به في « المحرر »[2] ؛ لأن اعترافه بحريته مانعٌ من جعله بيعاً من جهته ، أما من جهة البائع . . ففيه الخلاف الآتي ؛ كما صرح به في « المطلب » .

(وإن قال : « أَعتَقَه ») البائع ويسترقه ظلماً (. . فافتداء من جهته) لتعذر شراء الحرِّ بزعمه ، (وبيع من جهة البائع على المذهب) بناء على اعتقاده ، **وقيل** : إنه بيع من جهتهما ؛ تغليباً لجانب البائع ، **وقيل** : فداء من جهتهما ؛ تغليباً لجانب المشتري .

(فيثبت فيه الخياران للبائع فقط) بناء على المذهب المفصّل ، ولو خرج العبد معيباً . . فلا ردّ للمشتري ، وفي الأرش وجهان مبنيان علىٰ أنه بيع أو فداء .

(ويصحُّ الإقرار بالمجهول) للحاجة ، ولأن الإقرار إخبار عن حقٍّ سابق ، والشيء يُخبَر عنه مفصلاً تارة ومجملاً أخرىٰ ؛ إما للجهل به ، وإما لثبوته مجهولاً بوصية ونحوها ، قال السبكي : والمبهم ؛ كأحد العبدين في معنى المجهول .

---

(١) انظر « فتاوى ابن الصلاح » (٢/ ٦٠٢) .
(٢) المحرر (ص ٢٠٢) .

فَإِذَا قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ شَيْءٌ) . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِكُلِّ مَا يُتَمَوَّلُ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ فَسَّرَهُ بِمَا لاَ يُتَمَوَّلُ لَـٰكِنَّهُ مِنْ جِنْسِهِ ؛ كَحَبَّةِ حِنْطَةٍ ، أَوْ بِمَا يَحِلُّ ٱقْتِنَاؤُهُ ؛ كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَسِرْجِينٍ . . قُبِلَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ يُقْبَلُ بِمَا لاَ يُقْتَنَىٰ ؛ كَخِنْزِيرٍ وَكَلْبٍ لاَ نَفْعَ فِيهِ ، وَلاَ بِعِيَادَةٍ وَرَدِّ سَلاَمٍ . . . .

(فإذا قال : « له عليّ شيء » . . قبل تفسيره بكلِّ ما يُتموَّل وإن قلّ) كفلس ؛ لصدق الاسم .

(ولو فسَّره بما لا يُتموَّل لكنه من جنسه ؛ كحبة حنطة ، أو بما يحلُّ اقتناؤه ؛ ككلب معلَّم وسِرجين . . قبل في الأصحِّ) لأنه شيء يحرم أخذُه ويجب علىٰ آخذه ردُّه ، والثاني : لا يقبل فيهما .

أما الأول : فلأنه لا قيمة له ، فلا يصحُّ التزامه بكلمة (عليّ) ، وأما الثاني : فلأنه ليس بمال ، وظاهر الإقرار للمال .

ولو قال : (له في ذمتي شيء) . . لم يقبل التفسير بحبة حنطة وكلب معلم قطعاً ؛ لأن ذلك لا يثبت في الذمة .

ولو قال المصنف بدل (معلّم) : (يقتنىٰ) . . كان أحسنَ ؛ ليدخل كلب الماشية ونحوه ، وهو لم يعدّه ، و(كلب لا نفع فيه) : يفهم المراد .

(ولا يُقبل بما لا يقتنىٰ ؛ كخنزير وكلب لا نفع فيه) لصيد أو لحفظ ؛ لأن قوله : (عليّ) : يقتضي ثبوت حقٍّ على المقِر للمقَر له ، وما لا يقتنىٰ ليس فيه حقٌّ ولا اختصاص ولا يلزم ردُّه .

نعم ؛ لو قال : (له عندي شيء) ، أو (غصبت منه شيئاً) . . صحَّ تفسيره بما لا يقتنىٰ ؛ كذا قالاه[1] ، واستُشكل ؛ فإن الغصب : هو الاستيلاء علىٰ مال الغير أو حقِّ الغير ، فيكف يُقبل تفسيره بما ليس بمال ولا حقٍّ ؟!

(ولا بعيادة وردّ سلام) إذ لا مطالبة بهما ، والإقرار في العادة إنما يكون بما يطلب .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٠٢) ، روضة الطالبين (٤/ ٣٧٢) .

وَلَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ أَوْ بِمَالٍ عَظِيمٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ كَثِيرٍ . . قُبِلَ تَفْسِيرُهُ بِأَقَلَّ مِنْهُ ، وَكَذَا بِٱلْمُسْتَوْلَدَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ بِكَلْبٍ وَجِلْدِ مَيْتَةٍ . وَقَوْلُهُ : (لَهُ كَذَا) . . كَقَوْلِهِ : (شَيْءٌ) ، وَقَوْلُهُ : (شَيْءٌ شَيْءٌ) أَوْ (كَذَا كَذَا) . . كَمَا لَوْ لَمْ يُكَرِّرْ ، وَلَوْ قَالَ : (شَيْءٌ وَشَيْءٌ) أَوْ (كَذَا وَكَذَا) . . وَجَبَ شَيْئَانِ . وَلَوْ قَالَ : (كَذَا دِرْهَماً) أَوْ رَفَعَ ٱلدِّرْهَمَ أَوْ جَرَّهُ . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ . . . .

نعم ؛ يصحُّ تفسير الحقِّ بهما ؛ كما نقله الرافعي عن البغوي ، وبحث فيه[1] .

(**ولو أقر بمال ، أو بمال عظيم أو كبير أو كثير**) أو خطير ، أو أكثر من مال زيد (. . **قبل تفسيره بأقلّ منه**)[2] لصدق الاسم ، **والأصلُ** : براءة الذمة مما سواه .

ويحتمل أن يريد بوصفه بالعظمة ونحوها : بالنسبة إلى الفقراء ، وباعتبار عقاب غاصبه ، وثواب باذله للمضطر ، ونحوه .

(**وكذا بالمستولَدة في الأصحِّ**) لأنه ينتفع بها وتؤجر ، وإن كانت لا تباع ، **والثاني** : لا ؛ لخروجها عن اسم المال المطلق .

(**لا بكلب وجلدِ ميتة**) وسرجين وخمر ولو محترمةً ؛ لانتفاء اسم المال عنها .

(**وقوله : « له كذا » كقوله : « شيء »**) ، فيقبل تفسيره بما سبق في قوله : (شيء) لأنها أيضاً مبهمة .

(**وقوله : « شيء شيء » ، أو « كذا كذا » كما لو لم يكرر**) ، والتكرار للتأكيد لا للتجديد ، هـٰذا عند الإطلاق ، فلو أراد بالثاني الاستئناف . . كان بمنزلة قوله : (كذا وكذا) ، قاله المتولي .

(**ولو قال : « شيء وشيء » ، أو « كذا وكذا » . . وجب شيئان**) لاقتضاء العطف المغايرةَ ، وله تفسير الشيئين بمتفقين ؛ كدرهمين ، ومختلفين ؛ كدرهم وفلس .

(**ولو قال : « كذا درهماً » ، أو رفع الدرهم أو جرّه . . لزمه درهم**) لأن (كذا) مبهم وقد فسره بدرهم .

والنصب فيه جائز على التمييز ، والرفع علىٰ أنه عطف بيان أو بدلٌ ، وأما في حالة

---

(١) الشرح الكبير (٥/٣٠٢) .

(٢) في (ب) و(د) : (قبل تفسيره بما قلّ منه) .

وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : (كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً) بِٱلنَّصْبِ . . وَجَبَ دِرْهَمَانِ ، وَأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ أَوْ جَرَّ . . فَدِرْهَمٌ ، . . . .

الجر . . فهو وإن كان لحناً عند البصريين . . لكنه لا أثر له ؛ كما لو لحن في لفظة أخرىٰ من ألفاظ الإقرار ، ولو سكن ميم درهم . . فكما لو جره ، قاله الرافعي[1] .

ووجهه : أنه أدون من المرفوع والمنصوب ؛ لاختلافهم في أنه يلزمه درهم أو دونه ، فحملناه عليه ؛ لاحتمال إرادته .

(**والمذهب** : **أنه لو قال** : « **كذا وكذا**) أو ثم كذا (درهماً » **بالنصب** . . **وجب** درهمان) لأنه أقرّ بشيئين مبهمين وعقّبهما بالدرهم ، وذلك ظاهر في أنه تفسير لكلٍّ منهما ، **وفي قولٍ** : يلزمه درهم واحد ؛ لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم ؛ بأن يكون المراد من كل واحد : نصفَ درهم ، واختاره السبكي ، **وفي قول ثالث** : يلزمه درهم وشيء ، أما الدرهم . . فلتفسيره الثاني ، وأما الشيء . . فللأول الباقي علىٰ إبهامه .

والطريق الثاني : القطع بالأول .

(و) **المذهب** : (**أنه لو رفع أو جَرَّ** . . فدرهم) **أما مع الرفع** . . فلأنه حينئذ يكون خبراً عن المبهمين ، فيكون تقديره : هما درهم ، **والطريق الثاني** : قولان : **ثانيهما** : درهمان ؛ لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وإن أخطأ في الإعراب .

وأما مع الجر . . فلأنه لما كان ممتنعاً عند الجمهور من النحاة ، وكان لا يظهر له معنىً في اللغة ، وفي العرف يُفهَم منه التفسير . . حملناه عليه ، بخلاف النصب ؛ فإنه تمييز صحيح ، فيعود إليهما كما سبق .

ولم ينقل الرافعي فيه خلافاً ، بل جزم بدرهم ، ثم قال : ويمكن أن يخرج فيه ما سبق : أنه يلزمه شيء وبعض درهم ، أو لا يلزمه إلا بعض درهم . انتهىٰ[2] .

وقد جزم أبو الطيب : بوجوب بعض درهم ؛ كما حاوله الرافعي ، **وقيل** : يجب درهمان ، صرح به الماوردي[3] .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٠٨ـ٣٠٩) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣١٠) .

(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٢٨٨) ، الشرح الكبير (٥/ ٣١٠) .

وَلَوْ حَذَفَ ٱلْوَاوَ . . فَدِرْهَمٌ فِي ٱلأَحْوَالِ . وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ) . . قُبِلَ تَفْسِيرُ ٱلأَلْفِ بِغَيْرِ ٱلدَّرَاهِمِ . وَلَوْ قَالَ : (خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ دِرْهَماً) . . فَٱلْجَمِيعُ دَرَاهِمُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (ٱلدَّرَاهِمُ ٱلَّتِي أَقْرَرْتُ بِهَا نَاقِصَةُ ٱلْوَزْنِ) ؛ فَإِنْ كَانَتْ دَرَاهِمُ ٱلْبَلَدِ تَامَّةَ ٱلْوَزْنِ . . فَٱلصَّحِيحُ : قَبُولُهُ إِنْ ذَكَرَهُ مُتَّصِلاً ، وَمَنْعُهُ إِنْ فَصَلَهُ عَنِ ٱلإِقْرَارِ ، .

(ولو حذف الواو . . فدرهم في الأحوال) المذكورة رفعاً ونصباً وجراً ؛ لاحتمال التأكيد .

ولم يتعرضا للسكون في هـٰذا القسم ، ولا في الذي قبله ، قال الإسنوي : وقياس ما سبق عن الرافعي في الإفراد من جعله كالمخفوض ؛ لأنه أدون : أن يكون كذلك في التركيب والعطف أيضاً ، قال : ويتحصل من ذلك اثنتا عشرة مسألة[1] ؛ لأن (كذا) : إما أن يؤتىٰ بها مفردة ، أو مركبة ، أو معطوفة ، و(الدرهمَ) : إما أن يُرفَع ، أو يُنصَب ، أو يُجَر ، أو يُسكَّن ، ثلاثة في أربعة يحصل اثنا عشر ، والواجب في جميعها : درهم ، إلا إذا عطفت ونصبت تمييزها . . فدرهمان .

(ولو قال : « ألف ودرهم » . . قبل تفسير الألف بغير الدراهم) لأنه مبهم ، والعطف إنما يفيد زيادة على العدد ولا يفيد تفسيراً .

(ولو قال : « خمسة وعشرون درهماً » . . فالجميع دراهم على الصحيح) لأنه لم يعطف الدرهم ، بل جعله تمييزاً ، فيكون تفسيراً للكل ، **والثاني** : أن (الخمسة) مجملة ، و(العشرون) مفسّرة بالدراهم ؛ لمكان العطف ، فالتحقت بـ(ألف ودرهم) .

(ولو قال : « الدراهم التي أقررت بها ناقصةُ الوزن » فإن كانت دراهم البلد تامة الوزن . . فالصحيح : قبوله إن ذكره متصلاً) لأنه في المعنىٰ بمثابة الاستثناء ، **والثاني** : لا يقبل ؛ لأن اللفظ صريح في التامة وضعاً وعرفاً .

(ومنعُه إن فصله عن الإقرار) ، ويلزمه التامة ، إلا أن يصدقه المقَر له ؛ لأن اللفظ وعرف البلد ينفيان ما يقوله ، **والثاني** : يقبل ؛ لأن اللفظ يحتمله ، والأصل : براءة الذمة .

---

(١) في جميع النسخ : (اثنا عشر مسألة) .

وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً . . قُبِلَ إِنْ وَصَلَهُ ، وَكَذَا إِنْ فَصَلَهُ فِي ٱلنَّصِّ . وَٱلتَّفْسِيرُ بِٱلْمَغْشُوشَةِ كَهُوَ بِٱلنَّاقِصَةِ . وَلَوْ قَالَ : (عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ) . . لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عَلَى ٱلأَصَحِّ . وَإِنْ قَالَ : (دِرْهَمٌ فِي عَشَرَةٍ) ؛ فَإِنْ أَرَادَ ٱلْمَعِيَّةَ . . لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ، أَوِ ٱلْحِسَابَ . . فَعَشَرَةٌ ، وَإِلاَّ . . فَدِرْهَمٌ .

فإذا ادعى النقصان . . فما الذي يلزمه ؟ قال في « الكفاية » نقلاً : ويظهر أن يقال : مرجعه التفسير ، فإن تعذر بيانه نزل علىٰ أقل الدراهم . انتهىٰ[1] ، قال الأَذْرَعي : والرجوعُ إليه صرح به الصيمري في « شرح الكفاية » .

(وإن كانت ناقصة . . قُبل إن وصله) لأن اللفظ ، والعرف يصدِّقانه فيه .

(وكذا إن فصله في النصِّ) حملاً لكلامه علىٰ عرف البلد ؛ كما في المعاملات ، **وقيل** : لا تقبل ؛ حملاً لإقراره علىٰ وزن الإسلام .

(والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) لأن الدرهم عند الإطلاق يُحمل على الفضة ، فما فيه من الغش ينقصه ، فيعود الخلاف والتفصيل السابق .

(ولو قال : « عليّ من درهم إلىٰ عشرة » . . لزمه تسعة في الأصحِّ) ، هـٰذه المسألة قد تقدم الكلام عليها في (الضمان) ، فإن الحكم فيه ، وفي الإقرار ، والإبراء ، والوصية ، والطلاق ، واليمين ، والنذر . . واحد .

(وإن قال : « درهم في عشرة » فإن أراد المعيةَ . . لزمه أحدَ عشرَ) لأن (في) تستعمل بمعنىٰ (مع) ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ .

(أو الحسابَ . . فعشرة) لأنه موجَبُهُ عندهم ، هـٰذا إذا كان يعرف الحساب ، فإن كان لا يعرفه . . ففي « الكفاية » يشبه لزوم درهم فقط وإن قال : (أردت ما يريده الحساب)[2] ، وهو قياس ما سيأتي تصحيحه في الطلاق .

(وإلا) أي : وإن لم يرد المعيةَ ولا الحسابَ (. . فدرهم) سواء أراد الظرفية أم أطلق ؛ لأنه المتيقن .

* * *

---

(١) كفاية النبيه (١٩/ ٤١٨) .

(٢) كفاية النبيه (١٩/ ٣٨٨) .

فَصْلٌ

[في بيان أنواع من الإقرار وفي بيان الاستثناء]

قَالَ : (لَهُ عِنْدِي سَيْفٌ فِي غِمْدٍ) ، أَوْ (ثَوْبٌ فِي صُنْدُوقٍ) . . لاَ يَلْزَمُهُ ٱلظَّرْفُ ، أَوْ (غِمْدٌ فِيهِ سَيْفٌ) ، أَوْ (صُنْدُوقٌ فِيهِ ثَوْبٌ) . . لَزِمَهُ ٱلظَّرْفُ وَحْدَهُ ، أَوْ (عَبْدٌ عَلَىٰ رَأْسِهِ عِمَامَةٌ) . . لَمْ تَلْزَمْهُ ٱلْعِمَامَةُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، أَوْ (دَابَّةٌ بِسَرْجِهَا) ، أَوْ (ثَوْبٌ مُطَرَّزٌ) . . لَزِمَهُ ٱلْجَمِيعُ . وَلَوْ قَالَ : (فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ) . . فَهُوَ إِقْرَارٌ عَلَىٰ أَبِيهِ بِدَيْنٍ ، وَلَوْ قَالَ : (فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي) . . فَهُوَ وَعْدُ هِبَةٍ . . . .

(**فصل** : **قال** : « **له عندي سيف في غِمد** » ، **أو** « **ثوب في صندوق** » . . **لا يلزمه الظرف**) لأنه لم يقر به ، والإقرار يعتمد اليقين ، والظرف غير المظروف ، **والقاعدة** : أن الإقرار بالمظروف ليس إقراراً بالظرف ، وكذا عكسه ، **ودليله** : ما قلناه .

(**أو** « **غمد فيه سيف** » ، **أو** « **صندوق فيه ثوب** » . . **لزمه الظرف وحده**) دون المظروف ؛ لما قلناه ، و(الغِمد) بكسر الغين المعجمة : غلاف السيف .

(**أو** « **عبد علىٰ رأسه عمامة** » . . **لم تلزمه العمامة على الصحيح**) لأنه لم يقر بها ، **والثاني** : تلزمه ؛ لأن العبد له يد علىٰ ملبوسه ، وما في يد العبد . . فهو في يد سيده .

(**أو** « **دابة بسَرجها** » ، **أو** « **ثوب مطرز** » . . **لزمه الجميع**) لأن معنىٰ بسرجها : مع سرجها ، والطراز جزء من الثوب .

ولو قال : (دابة مسروجة) . . لا يكون مقراً بالسرج ، ولو قال : (ثوب عليه طراز) . . قال في « المطلب » : يظهر : أنه كالمطرز ؛ كذا نقله الإسنوي ، وقال في « العجالة » : لو قال : (عليه طراز) . . فيظهر عدم اللزوم[1] .

(**ولو قال** : « **في ميراث أبي ألف** » . . **فهو إقرار علىٰ أبيه بدين** ، **ولو قال** : « **في ميراثي من أبي** » . . **فهو وعدُ هبة**) أي : وعده بأن يهبه ألفاً ، وهٰذا الحكمُ في المسألتين قد نصّ عليه في « الأم » و« المختصر »[2] .

والفرق : **أنه في الثانية** أضاف الميراث إلىٰ نفسه ، وما يكون له لا يكون لغيره

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٥٩) .

(٢) مختصر المزني (ص ١١٣) .

وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ دِرْهَمٌ) . . لَزِمَهُ دِرْهَمٌ ، فَإِنْ قَالَ : (وَدِرْهَمٌ) . . لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ ، . . . .

بالإقرار ، فكان كما لو قال : (داري لفلان) ، ثم بعد إضافة الميراث إلىٰ نفسه جعل له منه جزءاً ، ولا يكون إلا هبة ، **واستشكله القاضي الحسين** : بأن الدين لا يمنع الإرث ، قال في « العجالة » : ولعله بناء على العرف[1] .

وفي الأولىٰ : لم يضف وأثبت حقَّ المقَر له في التركة .

واستشكل في « المطلب » : حمل الصورة الأولىٰ على الإقرار بالدين على الأب ، وقال : لِمَ لا يصحُّ تفسيره أيضاً بالوصية وبالرهن عن دين الغير ونحو ذلك ؟ كما لو قال : (له في هـٰذا العبد ألف) .

قال السبكي : وأجاب عنه ابن الرفعة بما ليس فيه مقنع ، وأجاب هو عنه : بأن الوصية تختص بالثلث ، وقوله : (في ميراث أبي) يعم جميع المال ، وأجاب عن احتمال أن يكون رهناً من الأب علىٰ دين غيرٍ أن الشافعي لعله إنما قال ذلك لأن لفظ المقِر يقتضي كلَّ الميراث ، وكل الميراث يشمل ما يمكن أن يدخل في ملك الميت ، وذلك لا يمكن أن يكون رهناً بدين الغير .

وذكر ابن الرفعة أيضاً : أن صورة المسألة فيما إذا كان الميراث دراهم ، فإن لم يكن . . فإنه يلتحق بما إذا قال : (له في هـٰذا العبد ألف) ، فيسأل ويبين هـٰذا المجمل ، قال : وهـٰذا وإن لم أره منقولاً . . فلا شك فيه عندي .

قال الإسنوي : وفي كلام الرافعي ما يشير إليه ، قال : **وهـٰذا كله** : إذا كان المقِر حائزاً ، فإن لم يكن حائزاً وكذّبه الباقون . . فلا يغرم إلا بالحصة **على الأظهر** ؛ كما في نظائره ، **ومحله أيضاً** : ما إذا لم يذكر كلمة الالتزام ، فإن ذكرها ؛ بأن قال : (عليّ ألف في ميراثي من أبي) . . فهو إقرار بكلِّ حال .

(**ولو قال** : « **له عليّ درهم درهم** » . . **لزمه درهم**) لاحتمال إرادة التأكيد وإن كرره ألف مرة ، وسواء كرره في مجلس أو مجالس عند الحاكم أو غيره .

(**فإن قال** :) له عليّ درهم (« **ودرهم** » . . **لزمه درهمان**) لأن العطف يقتضي

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٥٩) .

وَلَوْ قَالَ : (دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ) . . لَزِمَهُ بِٱلْأَوَّلَيْنِ دِرْهَمَانِ ، وَأَمَّا ٱلثَّالِثُ ؛ فَإِنْ أَرَادَ بِهِ تَأْكِيدَ ٱلثَّانِي . . لَمْ يَجِبْ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنْ نَوَى ٱلِاسْتِئْنَافَ . . لَزِمَهُ ثَالِثٌ ، وَكَذَا إِنْ نَوَىٰ تَأْكِيدَ ٱلْأَوَّلِ أَوْ أَطْلَقَ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

المغايرة ، و(ثم) كـ(الواو) ، وأما (الفاء) : فإن أراد العطف . . فكذلك ، وإلا . . فالنصُّ هنا درهم ، وفي نظيره من الطلاق يقع طلقتان ، **فقيل** : قولان فيهما ، **والمذهب** : تقرير النصين ، **والفرق** : أن الإقرارَ إخبار ، والطلاقَ إنشاء ، والإنشاء أقوىٰ ، ولهـٰذا لو تلفظ بالطلاق في يومين . . وقع طلقتان ، ولو أقرّ بالدرهم في يومين . . لزمه درهم واحد .

(**ولو قال : « درهم ودرهم ودرهم » . . لزمه بالأولَين درهمان**) لاقتضاء العطف المغايرة كما مر .

(**وأما الثالث : فإن أراد به تأكيد الثاني . . لم يجب به شيء**) كالطلاق ، (**وإن نوى الاستئناف . . لزمه ثالث**) عملاً بإرادته ونيته .

(**وكذا إن نوىٰ تأكيد الأول**) بالثالث . . فإنه يلزمه ثلاثة **على الأصحِّ** ؛ لأن التأكيد هنا ممتنع ؛ للفصل والعطف أيضاً ، ولهـٰذا اتفقوا علىٰ لزوم درهمين في قوله : (درهم ودرهم) .

ومقابله : أنه يلزمه درهمان ؛ لأن الثاني في قوله : (درهم ودرهم) : معطوف على الأول ، فامتنع تأكيده به ، وهنا الثالث معطوف على الثاني علىٰ رأي ، فأمكن أن يؤكد الأول به .

(**أو أطلق في الأصحِّ**) لأن تأكيد الثاني بالثالث وإن كان جائزاً . . لكنه إذا دار اللفظ بين التأسيس والتأكيد . . كان الأصل حملَه على التأسيس ، والثاني : يلزمه درهمان ؛ لأن كون الأصل هو التأسيسَ وإعمالَ اللفظ . . عارضه كونُ الأصل براءةَ الذمة ، فتعارضا ، وحينئذ فلم يبق للثالث مقتضىٰ ، فاقتصرنا على الدرهمين ، **وكان ينبغي التعبير في حالة الإطلاق** : بـ(المذهب) كما في « الروضة »[1] فإن الأكثرين قطعوا به ، **وقيل** : قولان ؛ كنظيره من الطلاق .

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٨٧) .

وَمَتَىٰ أَقَرَّ بِمُبْهَمٍ ؛ كَـ(شَيْءٍ) وَ(ثَوْبٍ) وَطُولِبَ بِٱلْبَيَانِ فَٱمْتَنَعَ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ يُحْبَس ، وَلَوْ بَيَّنَ وَكَذَّبَهُ ٱلْمُقَرُّ لَهُ . . فَلْيُبَيِّنْ وَلْيَدَّعِ ، وَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُقِرِّ فِي نَفْيِهِ . وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ ثُمَّ أَقَرَّ لَهُ بِأَلْفٍ فِي يَوْمٍ آخَرَ . . لَزِمَهُ أَلْفٌ فَقَطْ ، وَلَوِ ٱخْتَلَفَ ٱلْقَدْرُ . . دَخَلَ ٱلْأَقَلُّ فِي ٱلْأَكْثَرِ ، فَلَوْ وَصَفَهُمَا بِصِفَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، أَوْ أَسْنَدَهُمَا إِلَىٰ جِهَتَيْنِ ، . . . . .

وفرق الأولون : بأن التأكيد في الطلاق أكثر منه في الإقرار ؛ لأنه يقصد به التخويف والتهديد ، بخلاف الإقرار ، وعلىٰ هـٰذا : لو كرره مئة مرة أو أكثر . . لزمه بعدده .

(**ومتىٰ أقر بمبهم ؛ كـ« شيء » و« ثوب » وطولب بالبيان فامتنع . . فالصحيح : أنه يُحبَس**) لأن البيان واجب عليه ، فإذا امتنع منه . . حبس ؛ كالممتنع من أداء الدين ، **والثاني** : لا يحبس ؛ لأنه قد لا يعلمه ، هـٰذا إذا لم يمكن معرفة المقَر به دون مراجعته ، فإن أمكن . . لم يحبس قطعاً ، وذلك بأن يحيله علىٰ مُعرِّف ؛ كقوله : (بزنة هـٰذه الصنجة) ، أو (بالعدد المكتوب في كتاب كذا) ، أو (بقدر ما باع به فلان فرسه) ، ونحوه ، فيرجع إلىٰ ما أحال عليه أو يمكن استخراجه بالحساب ، وقد ذكر الرافعي في « شرحه » من ذلك جملة[1] .

(**ولو بيّن**) إقرارَه المبهمَ (**وكذّبه المقَر له . . فليبيّن**) المقَر له مقداراً (**وليدَّع**) به ، (**والقول قول المقِر في نفيه**) أي : في نفي ما ادعاه المقَر له .

(**ولو أقر له بألف ، ثم أقر له بألف في يوم آخر . . لزمه ألف فقط**) لأن الإقرار إخبار ، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه ، وسواء وقع الإقرار في مجلس أو في مجلسين ، وسواء كتب بكلٍّ منهما وثيقة وأشهد عليه فيهما أم لا .

(**ولو اختلف القدر**) بأن أقر في يوم بألف وفي آخر بخمس مئة (**. . دخل الأقلُّ في الأكثر**) إذ يحتمل : أنه ذكر بعض ما أقر به أولاً .

(**فلو وصفهما بصفتين مختلفتين**) بأن قال مرة : (مئة صحاح) ، وأخرىٰ : (مكسرة) ، (**أو أسندهما إلىٰ جهتين**) بأن قال : (له علي ألف من ثمن مبيع) ، وقال مرة : (ألف بدل قرض) .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٣٢٩ـ ٣٣٠) .

أَوْ قَالَ : (قَبَضْتُ يَوْمَ ٱلسَّبْتِ عَشَرَةً) ثُمَّ قَالَ : (قَبَضْتُ يَوْمَ ٱلأَحَدِ عَشَرَةً) . . لَزِمَا . وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ كَلْبٍ أَوْ أَلْفٌ قَضَيْتُهُ) . . لَزِمَهُ ٱلأَلْفُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ إِذَا سَلَّمَهُ سَلَّمْتُ) . . قُبِلَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ وَجُعِلَ ثَمَناً . . . .

(**أو قال** : « **قبضتُ يوم السبت عشرة** » **ثم قال** : « **قبضت يوم الأحد عشرة** » . . **لزما**) لأن اتحادهما غير ممكن .

(**ولو قال** : « **له علي ألف من ثمن خمر أو كلب** » ، **أو** « **ألفٌ قضيته** » . . **لزمه الألف في الأظهر**) لأنه وصل الإقرار بما يرفعه ، فأشبه قوله : (علي ألف لا تلزمني) ، **والثاني** : لا يلزمه ؛ لأن الكلَّ كلام واحد ، فيعتبر جملةً ولا يتبعض ، فعلىٰ هـٰذا : للمقر له تحليفُه : أنه كان من ثمن خمر .

قال الإمام : وكنت أود لو فصل فاصل بين أن يكون المقِر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم ، وبين أن يكون عالماً فيعذرَ الجاهل دون العالم ، لكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب[1] .

ومحلُّ الخلاف : إذا وصل ذلك بالإقرار ؛ كما فرضه المصنف ، فإن فصله عنه . . لزمه قطعاً ، وإن قدمه ؛ كقوله : (له علي من ثمن خمر ألف) . . لم يلزمه قطعاً ؛ كما في « الروضة » و« أصلها »[2] ، لكن في (التيمم) من « شرح المهذب » عن المعتمد للشاشي : أنه لا فرق في جريان القولين بين التقديم والتأخير ، وأقره[3] ، قال الأَذْرَعي : ولم أره لغيره ، **والظاهر** : أنه من تفقهه .

(**ولو قال** : « **من ثمن عبد لم أقبضه إذا سلمه سلمتُ** ») وأنكر المقَر له البيع وطلب الألف (. . **قُبل على المذهب وجُعل ثمناً**) لأن المذكور آخراً لا يرفع الأول ، بخلاف ثمن الخمر ، **والطريق الثاني** : طرد القولين في المسألة قبلها ؛ لأنه يرفعه علىٰ تقدير عدمِ إعطاء العبد .

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٩٣) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٩٦) ، الشرح الكبير (٥/ ٣٣٢ـ٣٣٣) .

(٣) شرح المهذب (٢/ ٢٨٧) .

وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ إِنْ شَاءَ ٱللهُ) . . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَلَوْ قَالَ : (أَلْفٌ لاَ تَلْزَمُ) لَزِمَهُ . وَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ) ، ثُمَّ جَاءَ بِأَلْفٍ وَقَالَ : (أَرَدْتُ هَـٰذَا وَهُوَ وَدِيعَةٌ) ، فَقَالَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ : (لِي عَلَيْهِ أَلْفٌ آخَرُ) . . صُدِّقَ ٱلْمُقِرُّ فِي ٱلأَظْهَرِ بِيَمِينِهِ ، . .

(**ولو قال : « ألف إن شاء الله » . . لم يلزمه شيء على المذهب**) لأنه لم يجزم بالإقرار بل علّقه بالمشيئة ، وهي مغيبة عنا ، **والطريق الثاني** : أنه على القولين السابقين ؛ لأن آخره يرفع أوله .

وقيد المصنف نظير المسألة من (الطلاق) : بما إذا قصد التعليق[1] ، قال الإسنوي : وينبغي اشتراطه هنا .

(**ولو قال : « ألف لا تلزم » . . لزمه**) لأنه غير منتظم ، فلا يبطل به الإقرار .

(**ولو قال : « له عليّ ألف » ، ثم جاء بألف وقال : « أردت هـٰذا وهو وديعة » ، فقال المقَر له : « لي عليه ألف آخر »**) غير الألف الوديعة (. . **صدق المقِر في الأظهر بيمينه**) لأن الوديعة يجب عليه حفظها والتخليةُ بينها وبين مالكها ، فلعله أراد بكلمة (عليّ) الإخبارَ عن هـٰذا الواجب .

ويحتمل أيضاً : أنه تعدىٰ فيها حتىٰ صارت مضمونة عليه ، فلذلك قال : (علي) ، وأيضاً : فقد يستعمل (علي) بمعنىٰ (عندي) ، وفسر بذلك قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ ﴾ .

والثاني : يصدق المقَر له ؛ لأن كلمة (علي) ظاهرة في الثبوت في الذمة ، والوديعة لا تثبت في الذمة .

وقوله : (ثم جاء بألف) أي : متراخياً يُفهم ذلك من ثم ، أما إذا وصل ذلك بالإقرار فقال : (**علي** ألف وديعة) . . فإنه يقبل ، **وقيل** : قولان ؛ (كألف قضيته) .

وكيفية اليمين : أن يحلف بالله تعالىٰ أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرىٰ وأنه ما أراد بإقراره إلا هـٰذه .

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٤٢٠) .

فَإِنْ كَانَ قَالَ : (فِي ذِمَّتِي) أَوْ (دَيْناً) . . صُدِّقَ ٱلْمُقَرُّ لَهُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . **قُلْتُ** : فَإِذَا قَبِلْنَا ٱلتَّفْسِيرَ بِٱلْوَدِيعَةِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا أَمَانَةٌ ، فَتُقْبَلُ دَعْوَاهُ ٱلتَّلَفَ بَعْدَ ٱلإِقْرَارِ ، وَدَعْوَى ٱلرَّدِّ ، وَإِنْ قَالَ : (لَهُ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَلْفٌ) . . صُدِّقَ فِي دَعْوَى ٱلْوَدِيعَةِ وَٱلرَّدِّ وَٱلتَّلَفِ قَطْعاً ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ وَإِقْبَاضٍ ثُمَّ قَالَ : (كَانَ فَاسِداً وَأَقْرَرْتُ لِظَنِّ ٱلصِّحَّةِ) . . لَمْ يُقْبَلْ ، . . . .

(فإن كان قال : « في ذمتي » أو « ديناً ») ثم جاء بألف وفَسّر بما مرّ (. . صدق المقَر له على المذهب) لأن العين لا تكون في الذمة ولا ديناً ، والوديعة لا تكون في ذمته بالتعدي، بل بالتلف ولا تلف، **والطريق الثاني** : حكاية وجهين : **ثانيهما** : القول قول المقِر ؛ لجواز أن يريد : (ألف في ذمتي إن تلفت الوديعة ؛ لأني تعديت فيها) .

ولو جمع بينهما فقال : (له علي ألف درهم ديناً في ذمتي) . . فخلاف مرتب ، وأولىٰ بألا يقبل .

(قلت : فإذا قبلنا التفسير بالوديعة . . فالأصحُّ : أنها أمانة ، فتقبل دعواه التلفَ بعد الإقرار ، ودعوى الردِّ) ؛ لأن هـٰذا شأنُ الوديعة ، **والثاني** : أنها تكون مضمونة ، حتىٰ لا تقبلُ دعوى التلف والردِّ ؛ لأن هـٰذه الكلمة ظاهرةٌ في صيرورة العين مضمونةً بسبب التعدي .

واحترز بقوله : (بعد الإقرار) عما إذا ادعى التلف أو الردَّ قبل الإقرار وقال : (إنما أقررت بها ظاناً بقاءها) . . فإنه لا يقبل ؛ لأن التالف والمردود لا يكون عليه بمعنىً من المعاني ، وهـٰذا ما صرّح به المَحاملي وابن الصباغ وغيرهما ، واقتضاه كلام غيرهم .

(وإن قال : « له عندي أو معي ألف » . . صدق في دعوى الوديعة والردِّ والتلف قطعاً ، والله أعلم) لأنه لا إشعار لهـٰذا اللفظ بالدَّينية ولا بالضمان .

(ولو أقر ببيع أو هبة وإقباض ثم قال : « كان فاسداً وأقررت لظن الصحة » . . لم يقبل)[1] لأن الاسم يُحمل عند الإطلاق على الصحيح .

---

(١) في (ب) : (وأقررت لظني الصحة) .

وَلَهُ تَحْلِيفُ ٱلْمُقَرِّ لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ . . حَلَفَ ٱلْمُقِرُّ وَبَرِىءَ . وَلَوْ قَالَ : (هَـٰذِهِ ٱلدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لِعَمْرٍو) ، أَوْ (غَصَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ بَلْ مِنْ عَمْرٍو) . . سُلِّمَتْ لِزَيْدٍ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْمُقِرَّ يَغْرَمُ قِيمَتَهَا لِعَمْرٍو . وَيَصِحُّ ٱلِاسْتِثْنَاءُ إِنِ ٱتَّصَلَ . . . .

وجزم المصنف هنا بعدم القبول ، ويحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما إذا ادعىٰ أحدهما صحةَ البيع والآخر فسادَه ، ويحتمل ألا يجري ، **ويفرق** : بأن قبوله هنا يؤدي إلىٰ خلاف الظاهر مرتين ، وهو الإقرار والبيع السابق عليه .

(وله تحليف المقَر له) لإمكان ما يدعيه ، وجهات الفساد قد تخفىٰ عليه .

(فإن نكل . . حلف المقِر وبرىء) لأن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ، وكلاهما يحصل هـٰذا الغرض .

وقوله : (وبرىء) غير مستقيم ؛ فإن النزاع في عين لا في دين ، ولهـٰذا عبر في « المحرر » بقوله : (وحكم ببطلانه)[1] .

واحترز بقوله : (**أو هبة وإقباض**) عما إذا أقر بالهبة فقط . . فإنه لا يكون مقراً بالإقباض **على المذهب** .

(ولو قال : « هـٰذه الدار لزيد بل لعمرو » ، أو « غصبتُها من زيد بل من عمرو » . . سُلِّمت لزيد) لأن الإقرار بحقوق الآدميين لا يصحُّ الرجوع عنه .

(والأظهر : أن المقِر يغرم قيمتها لعمرو) لأنه أحال بينه وبين ملكه بإقراره الأول ، والحيلولة سبب الضمان ؛ بدليل ما إذا غصب عبداً فأَبَقَ من يده . . فإنه يضمنه ، **والثاني** : لا يغرم ؛ لأن الإقرار له قد صادف ملك الغير ، فلا يلزمه شيء ؛ كما لو أقر بالدار التي في يد زيد لعمرو .

والخلاف جارٍ سواء سلّمها بنفسه أو بالحاكم ، والىٰ بين الإقرار لهما أم فصل ، و(ثُمَّ) كـ(بَلْ) فيما ذكرناه .

(ويصحُّ الاستثناء) لكثرة وروده في القرآن والسنة ، وهو : إخراج ما لولاه . . لدخل في الأول **(إن اتصل)** بإجماع أهل اللغة ، فإن انفصل . . فهو لغو ، ولا يضر

---

(١) المحرر (ص ٢٠٥) .

وَلَمْ يَسْتَغْرِقْ ، فَلَوْ قَالَ : (لَهُ عَلَيَّ عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسْعَةً إِلاَّ ثَمَانِيَةً) . . وَجَبَ تِسْعَةٌ ، وَيَصِحُّ مِنْ غَيْرِ ٱلْجِنْسِ ؛ كَـ(أَلْفٍ إِلاَّ ثَوْباً) ، وَيُبَيِّنُ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ دُونَ أَلْفٍ ، وَمِنَ ٱلْمُعَيَّنِ ؛ كَـ(هَـٰذِهِ ٱلدَّارُ لَهُ إِلاَّ هَـٰذَا ٱلْبَيْتَ) ، أَوْ (هَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمُ لَهُ إِلاَّ ذَا ٱلدِّرْهَمَ) ، . . . . . .

السكوت اليسير ؛ كسكتة التنفس ، والعِي ؛ كما ذكره المصنف في (الطلاق) ، ونصّ عليه في « الأم »[1] .

وشرط « الحاوي الصغير » : أن يقصد الاستثناء من أول الإقرار ، [وتبع في ذلك الرافعي ؛ فإنه صححه في (الطلاق)][2] .

وصحح المصنف في (الطلاق) : أنه يشترط أن يقصده قبل فراغ اليمين ، فيحتمل صحة اعتباره هنا ، ويحتمل عدم اعتباره ؛ لأن الإقرار إخبار ، فيبعد فيه اعتبار النية ، بخلاف الإنشاء .

(ولم يستغرق) ، فإن استغرق ؛ كـ(عليّ عشرة إلا عشرة) . . فباطل ، وهو إجماع أيضاً إلا من شذّ .

(فلو قال : « له عليّ عشرة إلا تسعةً إلا ثمانية » . . وجب تسعة) لأن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه ؛ كما سيأتي في (الطلاق) .

(ويصحُّ من غير الجنس ؛ كـ« ألف إلا ثوباً ») لوروده لغة وشرعاً ، ومنه قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ ، وقوله : ﴿ مَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا ٱتِّبَاعَ ٱلظَّنِّ﴾ .

(ويبيّن بثوب قيمته دون ألف) لئلا يؤدي إلى الاستثناء المستغرق ، فإن فسره بما يستغرق . . فالتفسير لغو ، وكذا الاستثناء على الأصح ، فتلزمه الألف ؛ لأنه بيّن ما أراد بالاستثناء ، فكأنه تلفّظ به وهو مستغرق .

(و) يصحُّ الاستثناء (من المعيّن ؛ كـ« هـٰذه الدار له إلا هـٰذا البيتَ » ، أو « هـٰذه الدراهم إلا ذا الدرهمَ ») ، أو (هـٰذا الثوب له إلا كمَّه) لأنه كلام صحيح ليس بمحال .

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٤١٩) ، الأم (٨/١٥٣) .

(٢) الحاوي الصغير (ص ٣٤١) ، الشرح الكبير (٩/٢٦) ، وما بين المعقوفين زيادة من (ب) و(د) .

وَفِي ٱلْمُعَيَّنِ وَجْهٌ شَاذٌّ . **قُلْتُ** : وَلَوْ قَالَ : (هَـٰؤُلَاءِ ٱلْعَبِيدُ لَهُ إِلاَّ وَاحِداً) . . قُبِلَ وَرُجِعَ فِي ٱلْبَيَانِ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَاتُوا إِلاَّ وَاحِداً وَزَعَمَ أَنَّهُ ٱلْمُسْتَثْنَىٰ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ

[في الإقرار بالنسب]

أَقَرَّ بِنَسَبٍ ؛ إِنْ أَلْحَقَهُ بِنَفْسِهِ . . ٱشْتُرِطَ لِصِحَّتِهِ أَلاَّ يُكَذِّبَهُ ٱلْحِسُّ وَلاَ ٱلشَّرْعُ ؛ بِأَنْ يَكُونَ مَعْرُوفَ ٱلنَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ ، ....

(**وفي المعيّن وجه شاذٌّ**) أنه **لا يصحُّ** الاستثناء منه ؛ لأن الاستثناء المعتاد إنما يكون من المطلق لا من المعيّن .

(**قلت : ولو قال : « هـٰؤلاء العبيد له إلا واحداً » . . قبل**) لأن الاستثناء يصحُّ وإن كان مجهولاً ؛ كما لو قال : (عشرة إلا شيئاً) إذ لا فرق بين العين والدين .

(**ورجع في البيان إليه**) لأنه أعرف بما أراد ، ويلزمه البيان ؛ لتعلق حقِّ الغير به ؛ كالعتق .

(**فإن ماتوا إلا واحداً وزعم أنه المستثنىٰ . . صُدِّق بيمينه على الصحيح ، والله أعلم**) لاحتمال ما ادعاه ، **والثاني** : لا ؛ للتهمة ، فإن مات قبل البيان . . قام وارثه مقامه .

* * *

(**فصل : أقر بنسب**) أي : من يصحُّ إقراره بالنسب ، وهو البالغ العاقل الذكر ولو عبداً وكافراً وسفيهاً (**إن ألحقه بنفسه**) بأن قال : (هـٰذا ابني) (. . **اشترط لصحته : ألا يكذبه الحسّ**) بأن يكون المقرُّ أصغرَ ، أو مساوياً ، أو أكبرَ بزمن لا يمكن أن يولد ذلك الشخصُ له فيه ، وسيأتي ضبطه في (باب اللعان) ، أو يكون ممسوحاً في زمن إمكان العلوق به .

(**ولا الشرعُ**) أي : وألا يكذبه الشرع أيضاً (**بأن يكون معروفَ النسب من غيره**) ، أو ولد علىٰ فراش نكاح صحيح ؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلىٰ غيره سواء صدّقه المستلحَق أم لا .

وَأَنْ يُصَدِّقَهُ ٱلْمُسْتَلْحَقُ إِنْ كَانَ أَهْلاً لِلتَّصْدِيقِ ، فَإِنْ كَانَ بَالِغاً فَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَثْبُتْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ . . . .

(وأن يصدقه المستلحَق) بفتح الحاء (إن كان أهلاً للتصديق) ، وهو البالغ العاقل ؛ لأن له حقّاً في نسبه ، وهو أعرف به من غيره .

واشتراط التصديق ذكراه في « الشرح » و« الروضة » هنا[1] ، لكن ذكرا في (فصل التسامع في الشهادات) : أن سكوت البالغ العاقل في النسب كالإقرار ، وجزم به في « الحاوي الصغير »[2] ، **والمعتمد** : المذكور هنا ؛ فإنه الذي اشتملت عليه كتب الطريقين ؛ كما ذكره الأَذْرَعي .

وأهمل شروطاً أخر ؛ **منها** :

ألا يكون منفياً بلعان الغير ، فإن كان . . لم يصح استلحاقه ؛ كما ذكره في « الشرح الصغير » ، وعزاه في « الكبير » إلى القفال[3] ، وأُهمِل في « الروضة » ؛ لسقوطه من بعض نسخ « الشرح » ، ونقلا في آخر (اللعان) عن « التتمة » من غير مخالفة : أن المنفي باللعان إذا ولد علىٰ فراش صحيح فاستلحقه غيره . . لم يصحَّ ؛ لبقاء حقِّ الاستلحاق ، وإن كان يُلحقهُ نسبه لوطء شبهة أو نكاح فاسد فاستلحقه غيره . . لحقه ؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي . . سمعت دعواه[4] ، قال الأَذْرَعي : وهـٰذا التفصيل أحسن من إطلاق القفال : ويجوز تنزيله عليه . انتهى .

وألا ينازعَه فيه منازع ، فلو استلحقه اثنان . . فسيأتي قريباً .

وألا يكون عبد الغير ، أو معتقه إن كان صغيراً ؛ محافظة علىٰ حقّ الولاء للسيد ، فإن كان بالغاً وصدّقه . . لحقه **على الأصحّ** ؛ كذا قالاه في (كتاب اللقيط)[5] .

واستلحاق المرأة والعبد والكافر يأتي في (اللقيط) .

(فإن كان بالغاً) عاقلاً (فكذبه) أو سكت (. . لم يثبت إلا ببينة) كسائر الحقوق .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٥٣) ، روضة الطالبين (٤/ ٤١٤) .
(٢) الشرح الكبير (١٣/ ٧٠) ، روضة الطالبين (١١/ ٢٦٨) ، الحاوي الصغير (ص ٣٤٥) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ٣٥٣) .
(٤) الشرح الكبير (٩/ ٤٢٠) ، روضة الطالبين (٨/ ٣٦٤) .
(٥) الشرح الكبير (٦/ ٤١٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٣٧) .

وَإِنِ ٱسْتَلْحَقَ صَغِيراً . . ثبَتَ ، فَلَوْ بَلَغَ وَكَذَّبَهُ . . لَمْ يَبْطُلْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَصِحُّ أَنْ يَسْتَلْحِقَ مَيْتاً صَغِيراً ، وَكَذَا كَبِيراً فِي ٱلأَصَحِّ ، فَيَرِثُهُ . وَلَو ٱسْتَلْحَقَ ٱثْنَانِ بَالِغاً . . ثبَتَ لِمَنْ صَدَّقَهُ . وَحُكْمُ ٱلصَّغِيرِ يَأْتِي فِي (ٱللَّقِيطِ) إِنْ شَاءَ ٱللهُ تَعَالَىٰ . . . .

(وإن استلحَق صغيراً . . ثبت) نسبه عند وجدان شروطه ، فيرثه الصغير ، ويرث هو منه .

(فلو بلغ وكذبه . . لم يبطل في الأصحِّ) لأنه ثبت بطريق شرعي ، فلم يتأثر بعد ثبوته بالإنكار ؛ قياساً علىٰ ما لو ثبت بالبينة ، **والثاني** : يبطل ؛ للتكذيب[1] .

والخلاف جارٍ فيما لو استلحق مجنوناً فأفاق وأنكر .

(ويصحُّ أن يستلحِق ميتاً صغيراً) ولو بعد أن قتله ، ولا يبالي بتهمة سقوط القصاص ولا بتهمة الميراث ؛ لأن النسب يُحتاط فيه .

(وكذا كبيراً في الأصحِّ) كالصغير ؛ لأن الميت ليس أهلاً للتصديق ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يُشعر بإنكاره لو وقع في حياته .

(فيرثه)[2] أي : يرث الميتَ المستلحَقَ ، صغيراً كان أو كبيراً ؛ لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت نسبه .

ومسألة الإرث ليست في « المحرر » ولا في « الروضة » .

(ولو استلحَق اثنان بالغاً . . ثبت لمن صدقه) لاجتماع الشرائط فيه دون الآخر ، فإن لم يصدق واحداً منهما . . عرض على القائف ؛ كذا قال في « أصل الروضة » في الكلام على القائف ، وجرىٰ عليه الإسنوي وغيره[3] ، **وفيه نظر** ؛ إذ استلحاق التابع يشترط فيه : تصديقه ، ولم يوجد .

(وحكم الصغير) إذا استلحقه اثنان (يأتي في « اللقيط » إن شاء الله تعالىٰ) .

---

(١) قال في « العجالة » [٢/ ٨٦٥ـ ٨٦٦] : (وهـٰذا إذا لم نشاهد فراشاً ولا ولادة عليه ، فإن شاهدنا ذلك . . لم نلتفت إلى الإنكار) . انتهىٰ ، وهو عجيب ؛ فإن الكلام على النسب الثابت بالاستلحاق ، وفي هـٰذه الصورة ثبت بالفراش . اهـ هامش (أ) .

(٢) في (د) : (ويرثه) .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٤٣٩) .

وَلَوْ قَالَ لِوَلَدِ أَمَتِهِ : (هَـٰذَا وَلَدِي) . . ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَلاَ يَثْبُتُ ٱلِاسْتِيلاَدُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (وَلَدِي وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِي) ؛ فَإِنْ قَالَ : (عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكِي) . . ثَبَتَ ، فَإِنْ كَانَتْ فِرَاشاً لَهُ . . لَحِقَهُ بِٱلْفِرَاشِ مِنْ غَيْرِ ٱسْتِلْحَاقٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُزَوَّجَةً . . فَٱلْوَلَدُ لِلزَّوْجِ وَٱسْتِلْحَاقُ ٱلسَّيِّدِ بَاطِلٌ . وَأَمَّا إِذَا أَلْحَقَ ٱلنَّسَبَ بِغَيْرِهِ ؛ كَـ(هَـٰذَا أَخِي) أَوْ (عَمِّي) . . فَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنَ . . . .

(**ولو قال لولد أمته**) التي ليست مزوَّجة ولا مستفرشةً بمن يمكن كونه منه (« **هـٰذا ولدي** » . . **ثبت نسبه**) بالشروط السابقة .

(**ولا يثبت الاستيلاد في الأظهر**) لأن الأصل الرقُّ ، ويحتمل أن الاستيلاد كان في نكاح أو وطء شبهة قبل الملك ، **والثاني** : يثبت عملاً بالظاهر .

(**وكذا لو قال : « ولدي ولدَتْه في ملكي »**) لاحتمال أن يكون أَحبلها قبل الملك بنكاح أو شبهة ، ثم ملكها حاملاً فولدت في ملكه ، فيجري فيه القولان .

(**فإن قال : « عَلِقَتْ به في ملكي » . . ثبت**) الاستيلاد[(١)] ؛ لانقطاع الاحتمال ، فتكون أم ولد لا محالة ؛ كذا قالاه[(٢)] ، ومنعه الإسنوي ؛ لجواز أن يكون قد رهنها ، ثم حبلت منه وولدت وهو معسر ، فبيعت في الدين ثم اشتراها ؛ فإن في ثبوت الاستيلاد ـ والحالة هـٰذه ـ قولين ، فلم ينتف الاحتمال[(٣)] .

وأجيب عنه : بأن المراد نفيُ الاحتمال المذكور قبل ذلك لا كلِّ احتمال ، **وفيه نظر** .

(**فإن كانت**) الأمة (**فراشاً له**) فإن أقر بوطئها (. . **لَحِقه**) عند الإمكان (**بالفراش من غير استلحاق**) لإطلاق الحديث الصحيح : « ٱلْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »[(٤)] .

(**وإن كانت مزوَّجة . . فالولد للزوج**) عند إمكان كونه منه ؛ لأن الفراش له ، (**واستلحاقُ السيد باطل**) للحوقه بالزوج شرعاً .

(**وأما إذا أَلحق النسبَ بغيره ؛ كـ« هـٰذا أخي » أو « عمي » . . فيثبت نسبه من**

---

(١) كلمة (الاستيلاد) من المتن في (ب) و(د) .

(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣٥٥) ، روضة الطالبين (٤/ ٤١٦) .

(٣) المهمات (٥/ ٦٢١) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٠٥٣) ، ومسلم (١٤٥٧) عن عائشة رضي الله عنها .

ٱلْمُلْحَقِ بِهِ بِٱلشُّرُوطِ ٱلسَّابِقَةِ ، وَبِشَرْطِ كَوْنِ ٱلْمُلْحَقِ بِهِ مَيْتاً ، وَلاَ يُشْتَرَطُ أَلاَّ يَكُونَ نَفَاهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمُقِرِّ وَارِثاً حَائِزاً . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُسْتَلْحَقَ لاَ يَرِثُ ، . .

الملحَق به) إذا كان رجلاً ؛ لأن الورثة يخلفون مُورِّثهم في حقوقه ، والنسبُ من جملتها .

والمراد بـ(غيره) : من يتعدى النسب منه إلىٰ نفسه لا الأجانبُ ، ويدل عليه : تمثيله بالأخ والعم .

وإنما قيدت الملحَق به بكونه رجلاً ؛ لأن استلحاق المرأة لا يقبل **على الأصحِّ** ، فبالأولى استلحاق وارثها ، قاله في « المطلب » ونقله عن ابن اللبّان ، قال « المهمات » : وهو واضح(١) .

(بالشروط السابقة ، وبشرط : كون الملحَق به ميتاً) فما دام حيّاً ليس لغيره الإلحاق به ولو كان مجنوناً ؛ لاستحالة ثبوت نسب الشخص مع وجوده بقول غيره .

(ولا يشترط ألا يكون نفاه في الأصحِّ) ، بل يجوز استلحاق من نفاه الملحَقُ به قبل موته بلعان أو غيره ؛ قياساً علىٰ ما لو استلحقه النافي ، **والثاني** : يشترط ؛ لأنه نسب سبق الحكم ببطلانه ، ففي إلحاقه بعد الموت إلحاقُ عارٍ على الميت .

(ويشترط : كون المقر وارثاً حائزاً) ، فلا يثبت بإقرار الأجنبي والقريبِ الذي لا يرث لقيام مانع به من رق أو غيره ؛ لأنه ليس خليفة للمورِّث ، ولا بإقرار الوارث غير الحائز ؛ لأن القائم مقامَ المورِّث هو مجموعُ الورثة لا المستلحقُ وحده ، فلو مات عن ابنين وبنات . . فلا بدَّ من اتفاقهم جميعاً ، وكذا تعتبر موافقة الزوج والزوجة والمعتق **على الأصحِّ** ؛ لأنهم من الورثة .

(والأصحُّ : أن المستلحقَ لا يرث) كذا هو في نسخة المصنف ؛ كما حكاه السبكي .

وقضيته : أنه مع كون المقِر حائزاً لا يرث المستلحَقُ ، وهو خلاف المنقول والمعقول ، **والظاهر** : أنه سقط هنا شيء ، **وصوابه أن يقول** : (وإن لم يكن حائزاً . .

---

(١) المهمات (٥/ ٦٢٤) .

وَلاَ يُشَارِكُ ٱلْمُقِرَّ فِي حِصَّتِهِ ، وَأَنَّ ٱلْبَالِغَ مِنَ ٱلْوَرَثَةِ لاَ يَنْفَرِدُ بِٱلإِقْرَارِ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ أَحَدُ ٱلْوَارِثَيْنِ وَأَنْكَرَ ٱلآخَرُ وَمَاتَ وَلَمْ يَرِثْهُ إِلاَّ ٱلْمُقِرُّ . . ثَبَتَ ٱلنَّسَبُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَرَّ ٱبْنٌ حَائِزٌ بِأُخُوَّةِ مَجْهُولٍ فَأَنْكَرَ ٱلْمَجْهُولُ نَسَبَ ٱلْمُقِرِّ . . لَمْ يُؤَثِّرْ فِيهِ . . . .

فالأصحُّ . . .) إلىٰ آخره ؛ كما يوجد في بعض نسخ الكتاب ، وقد يوجد في بعضها أيضاً : (فلو أقر أحد الابنين دون الآخر . . **فالأصحُّ . . .**) إلىٰ آخره ، وهـٰذه الثانية : موافقة لما في « المحرر »(١) ، وكلٌّ منهما صواب ؛ **فإن الخلاف** : إنما هو في إقرار غير الحائز ؛ كأحد الابنين البالغين ولم يصدقه الآخر ، فإنه لا يثبت النسب قطعاً .

(ولا يشارك المقِر في حصته) تفريعاً علىٰ أنه لا يرث لعدم ثبوت نسبه ، فإن قلنا : بأنه يرث . . شاركه ، ولا يرث من نصيب المنكر ، وفي هـٰذه قرينة ظاهرة علىٰ أن **المراد** : إقرار بعض الورثة ؛ إذ لو كان المقِر حائزاً . . لم تكن له حصة ، بل جميع الإرث له .

(وأن البالغ من الورثة لا ينفرد بالإقرار) لأنه ليس حائزاً للميراث ، فلا ينفرد ؛ لما مرَّ ، **والثاني** : ينفرد ويثبت ؛ احتياطاً للنسب ، والمجنون كالصبي .

فلو عبّر المصنف بـ(الكامل) . . لكان أشملَ .

(وأنه لو أقر أحد الوارثَين) بثالث (وأنكر الآخر ومات ولم يرثه إلا المقِر . . ثبت النسب) لأن جميع الميراث قد صار له ، **والثاني** : لا يثبت ؛ لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل .

واحترز المصنف بقوله : (وأنكر الآخر) عمّا لو سكت ؛ فإنه يثبت لا محالة .

(وأنه لو أقر ابنٌ حائز بأخوةِ مجهول فأنكر المجهول نسب المقِر) بأن قال : (لست ابن أبي) (. . لم يؤثر فيه) لأنه لو بطل نسبه . . لبطل نسب المجهول ؛ فإنه لم يثبت بقول المقِر إلا لكونه وارثاً حائزاً ، ولو بطل نسب المجهول . . لثبت نسب المقِر ، وذلك دور ، **والثاني** : يؤثر ويحتاج المقِر إلىٰ بينة علىٰ نسبه ؛ لأنه معترف بنسب المجهول ، والمجهول قد أنكر نسبه ، قال القفال : **وهو غلط** .

---

(١) المحرر (ص ٢٠٧) .

وَيَثْبُتُ أَيْضاً نَسَبُ ٱلْمَجْهُولِ ، وَأَنَّهُ إِذَا كَانَ ٱلْوَارِثُ ٱلظَّاهِرُ يَحْجُبُهُ ٱلْمُسْتَلْحَقُ ؛ كَأَخٍ أَقَرَّ بِٱبْنٍ لِلْمَيِّتِ . . ثَبَتَ ٱلنَّسَبُ وَلاَ إِرْثَ .

(ويثبت أيضاً نسب المجهول) لأن الوارث الحائز قد استلحقه ، **والثاني** : لا ؛ لأنه أخرج المقِرَّ عن أهلية الإقرار بتكذيبه .

(وأنه إذا كان الوارث الظاهرُ يحجبه المستلحَق ؛ كأخ أقر بابن للميت . . ثبت النسب ولا إرثَ) **أما ثبوت النسب** . . فلأن الوارث الحائز في الظاهر قد استلحقه ، **وأما عدم الإرث** . . فلأنه لو ورث . . لحجب الأخ ، ولو حجبه . . لخرج عن أهلية الإقرار ، وإذا لم يصحَّ الإقرار . . لم يثبت النسب ولا الإرث ، فيؤدي توريثه إلىٰ عدم توريثه ، **وقيل** : لا يثبتان ، **وقيل** : يثبتان .

* * *

كتاب العارية

شَرْطُ ٱلْمُعِيرِ : صِحَّةُ تَبَرُّعِهِ ، . . . .

(كتاب العارية)

هي بتشديد الياء وتخفيفها ، أصلها من عَارَ : إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للغلام الخفيف : عيّار ؛ لكثرة ذهابه ومجيئه .

وقولُ الجوهري : إنها مشتقة من العار[١] معترض ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعلها[٢] .

قال ابن الرفعة : **وحقيقة العارية شرعاً** : إباحة الانتفاع بما يحلُّ الانتفاع به مع بقاء عينه ؛ ليردَّها عليه[٣] .

وهي مستحبة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ ؛ **فإن** جمهور المفسّرين **علىٰ أن المراد بذلك** : ما يستعيره الجيران بعضُهم من بعض ، قاله في « المحرر »[٤] .

وكانت واجبةً في أول الإسلام[٥] ، وقد فعلها عليه السلام[٦] ، وأفتى الزبيري : بوجوب إعارة ما كُتِب عليه طبقة السماع ؛ لينقل السامع منه .

(**شرطُ** المعير : **صحةُ تبرعه**) لأن الإعارة تبرع ، فمن لا يتبرع ؛ كالمكاتب وغيره من المحجورين . . لا يعير .

وكان ينبغي أن يقول : (تبرع ناجز) لأن السفيه أهلٌ للتبرع بالوصية ولا تصحُّ عاريته .

نعم ؛ قال الماوردي : يجوز له إعارة بدنه إذا كان عمله ليس مقصوداً في كسبه ؛

---

(١) الصحاح (٢/٦٥٣) .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/٤٧) ، وأبو داوود (٣٥٦٢) عن صفوان بن أمية رضي الله عنه .

(٣) كفاية النبيه (١٠/٣٥٦) .

(٤) المحرر (ص ٢٠٨) ، في جميع النسخ : (قال في « المحرر ») ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٥) ذكر ذلك الإمام الروياني في « بحر المذهب » (٦/٣٩١) .

(٦) أخرجه البخاري (٢٦٢٧) ، ومسلم (٤٩/٢٣٠٧) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .

وَمِلْكُهُ ٱلْمَنْفَعَةَ ، فَيُعِيرُ مُسْتَأْجِرٌ لاَ مُسْتَعِيرٌ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِيبَ مَنْ يَسْتَوْفِي ٱلْمَنْفَعَةَ لَهُ . . . .

لاستغنائه عنه بماله[1] ، وردّه السبكي : بأن ذلك لا يسمّىٰ عارية ؛ لأن بدنه في يده .

(وملكُه المنفعةَ) وإن لم يملك الرقبة ؛ لأن الإعارة تَرِدُ على المنفعة دون الرقبة .

نعم ؛ إذا نذر هدياً أو أضحيةً . . له أن يعيره مع أنهما خرجا عن ملكه ، وكذا إعارة الإمام ما لبيت المال من أرض وغيرها ؛ لأن له التمليكَ ، فالإعارة أولىٰ ، قاله الإسنوي[2] ، **وأورد أيضاً** : صحة إعارة كلب الصيد ، فلو قال : (أو اختصاصه بها) . . لشمل ذلك .

وقضية كلام المصنف : أنه ليس للأب أن يعير ولده الصغير ، وكذا أطلقه صاحب « العدة » ، قال في « زيادة الروضة » : **وينبغي حمله** علىٰ خدمة تقابَلُ بأجرة ، وأما ما لا يقابَلُ بأجرة لحقارته . . **فالظاهر الذي يقتضيه أفعال السلف** : أنه لا منع منه إذا لم يضرَّ بالصبي . انتهىٰ[3] .

وقال في « البحر » : يجوز أن يعير ولده الصغير ليخدم من يتعلم منه[4] ، **ويؤيده** : قصة أنس رضي الله عنه[5] .

(فيعير مستأجرٌ) لأنه مالك المنفعة (لا مستعيرٌ على الصحيح) لأنه غير مالك لها ، وإنما أبيح له الانتفاع ، ولهـٰذا لا يؤجرِّ ، **والثاني** : يعير ؛ كما للمستأجر أن يؤجِّر .

ومحل المنع : ما لم يأذن المالك ، فإن أذن . . جاز .

(وله أن يستنيب من يستوفي المنفعةَ له) كما إذا استعار دابة للركوب . . فله أن يُركبَها وكيلَه الذي هو مثله أو دونه في حاجته ؛ لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة .

---

(١) الحاوي الكبير (٨/٢٨) .
(٢) المهمات (٦/٥) .
(٣) روضة الطالبين (٤/٤٢٦) .
(٤) بحر المذهب (٨/١٣) .
(٥) أخرجها البخاري (٢٧٦٨) ، ومسلم (٢٣٠٩/٥٢) .

وَٱلْمُسْتَعَارِ : كَوْنُهُ مُنْتَفَعاً بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ ، وَيَجُوزُ إِعَارَةُ جَارِيَةٍ لِخِدْمَةِ ٱمْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ ،

ولم يذكر المصنف شرط المستعير ، وقال الماوردي : كلُّ من صحَّ منه قبولُ الهبة . . صحَّ منه طلبُ العارية ، ومن لا يصحُّ منه طلبُها . . لا يصحُّ منه قبولُها[1] .

وأورد عليه : السفيه ؛ فإنه يقبل الهبة والوصيَّة ولا تصحُّ الإعارة منه ؛ كما صرح به المَحاملي ومُجلِّي .

(**و**) **شرطُ** (**المستعارِ** : كونُه منتفَعاً به) انتفاعاً مباحاً ، فلا يصحُّ إعارة الملاهي والأمةِ المشتهاةِ للخدمة لغير من سيأتي .

وكان ينبغي أن يقول : (منفعةً قوية) ليخرج النقد ؛ فإنه لا يجوز إعارته للتزيين عند الإطلاق **على الأصحِّ** ؛ لأنها منفعة ضعيفة ، ومعظم منافعه في الإنفاق ، فإن صرّح بالتزيين . . قال الرافعي : **فينبغي أن تصحَّ** ؛ لأنه اتخذ هـٰذه المنفعةَ مَقْصِداً ، وبه أجاب في « التتمة »[2] .

(**مع بقاء عينه**) فلا يجوز إعارة الشمعة والسراج الموقود والأطعمة ؛ فإن منفعتها باستهلاكها .

(**ويجوز إعارة جارية لخدمة امرأة أو مَحْرَم**) لعدم المحذور في ذلك ، وكذا إعارتُها لزوجها ؛ كما ذكره المصنف في « التصحيح »[3] ، قال الإسنوي : وكذا لمالكها ، ويتصور ذلك في المستأجر[4] .

وخرج بـ(**الخدمة**) : الاستمتاع ؛ فإنه حرام ، **وبـ**(**المَحْرَم**) : الأجنبي ، لكن صحح في « الروضة » : جوازَ إعارته الصغيرةَ التي لا تُشتهىٰ ، والقبيحةَ[5] ، **ورجح** في « الشرح الصغير » : المنعَ ، قال الإسنوي تبعاً للسبكي : **والمتجه** : التفرقة ، فيجوز في الصغيرة دون الكبيرة ؛ لجواز الخلوة بالطفلة[6] ، ولو كان المستعير أو

---

(١) الحاوي الكبير (٨/ ٣٩٢) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣٧١) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٤٧) .
(٤) المهمات (٦/ ٦) .
(٥) روضة الطالبين (٤/ ٤٢٧) .
(٦) المهمات (٦/ ٧) .

وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ عَبْدٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ . وَٱلأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ لَفْظٍ ؛ كَـ(أَعَرْتُكَ) وَ(أَعِرْنِي) ، وَيَكْفِي لَفْظُ أَحَدِهِمَا مَعَ فِعْلِ ٱلآخَرِ ، وَلَوْ قَالَ : (أَعَرْتُكَهُ لِتَعْلِفَهُ) أَوْ (لِتُعِيرَنِي فَرَسَكَ) . . فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ تُوجِبُ أُجْرَةَ ٱلْمِثْلِ . . . .

المستعار خنثىٰ . . امتنع **على الصحيح** ؛ أخذاً بالاحتياط .

(ويكره إعارة عبد مسلم لكافر) لأن فيها امتهاناً ، **وقيل** : يحرم ، وحمل في « المطلب » : التحريمَ على الإعارة للخدمة ، والكراهةَ علىٰ غيرها ، واختار السبكي : التحريم مطلقاً ؛ لما فيه من الاستيلاء ، وليس كالإجارة ؛ فإنه يؤمر فيها بإزالة ملكه عن المنفعة **على الأصحِّ** ، والمستعير لا يعير ، فتفسد .

(**والأصحُّ : اشتراط لفظ ؛ كـ« أعرتُك » ، و« أعرني » ، ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر**) قياساً علىٰ إباحة الطعام ؛ فإن اللفظ من أحدهما شرط ، **والثاني** : لا يعتبر اللفظ في واحد منهما ، حتىٰ لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً فلبسه . . كان ذلك إعارة[1] .

ويستثنىٰ من اشتراط اللفظ : ما إذا اشترىٰ شيئاً وسلّمه له في ظرف . . فالظرف معار **في الأصحِّ** ، وما إذا أكل المُهدىٰ إليه الهديةَ في ظرفها . . فيجوز وهو معار ، قاله أبو عاصم العبّادي والبغوي[2] ، قال في « زيادة الروضة » : **محله** : ما إذا كانت الهدية لا لمقابل ، فإن كانت عوضاً . . فالظرف أمانة في يده ؛ كالإجارة الفاسدة ؛ كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم[3] .

(**ولو قال : « أعرتُكَهُ لتعلِفَه » أو « لتعيرني فرسك » . . فهو إجارة فاسدة تُوجب أجرةَ المثل**) لجهالة العلف والمدة ، والتعليقِ في الثانية ، وصحح في « المطلب » : أنه عارية فاسدة ؛ نظراً إلى اللفظ ، فلا تجب أجرة ، ثم قال : **وفيه بُعْدٌ** ؛ لأنه لم تبذل المنفعة مجاناً .

---

(١) قال في « العجالة » [٢/ ٨٧١] : (والخلاف مبني علىٰ أن العارية هبة للمنافع أو إباحة) انتهىٰ ، وفيه نظر ؛ فإن القائل بالاشتراط قاسه علىٰ إباحة الطعام ؛ كما ذكرناه . اهـ هامش (أ) .

(٢) التهذيب (٤/ ٢٨٠) .

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٤٣٠) .

وَمُؤْنَةُ ٱلرَّدِّ عَلَى ٱلْمُسْتَعِيرِ . فَإِنْ تَلِفَتْ لاَ بِٱسْتِعْمَالٍ . . ضَمِنَهَا وَإِنْ لَمْ يُفَرِّطْ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَضْمَنُ مَا يَنْمَحِقُ أَوْ يَنْسَحِقُ بِٱسْتِعْمَالٍ ، وَٱلثَّالِثُ : يَضْمَنُ ٱلْمُنْمَحِقَ .

(**ومؤنةُ الردِّ على المستعير**)[1] ؛ لحديث : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ » حسنه الترمذي ، وصححه الحاكم[2] .

(**فإن تَلِفت**) العين المستعارة (**لا باستعمال . . ضَمِنها وإن لم يفرِّط**) لأنه صلى الله عليه وسلم استعار أدراعاً يوم حنين من صفوان بن أمية ، فقال : أغصبٌ يا محمد ؟ فقال : « لاَ ، بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » رواه أبو داوود[3] .

وفي كيفية الضمان خلافٌ ذكره المصنف آخر الباب .

وخرج بعدم الاستعمال : ما إذا تَلِفت به ، وسيأتي .

وسكت المصنف عن ضمان الأجزاء ، **والأصحُّ** : أنه كالعين ، ولو استعار بشرط أن المستعار أمانة . . فالشرط لاغٍ .

(**والأصحُّ : أنه لا يضمن ما ينمحق أو ينسحق باستعمال**) لحدوثه عن سبب مأذون فيه ، **والثاني** : أنه يضمن ؛ للحديث المارّ : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ » ، فإذا تعذر الردّ . . ضَمِنه .

(**والثالث : يضمن المنمحق**) دون المنسحق ؛ لأن مقتضى العارية الردُّ ، ولم يوجد مردود في المنمحق ، فضمنه ، بخلاف المنسحق ، ويكون الضمان في آخر حالات التقويم .

والانمحاق : هو التلف بالكليّة ؛ كلبس الثوب حتىٰ يبلىٰ ، **والانسحاق** : هو النقصان ، وموتُ الدابة كالانمحاق ، وعَقْرُها وعَرَجها كالانسحاق .

وقوله : (باستعمال) أي : مأذونٍ فيه ، فإن تَلِفت باستعمالٍ غيرِ مأذون فيه . . ضَمِنها قطعاً ؛ كما لو أعاره قميصاً ليلبَسَه فاتزر به .

---

(١) في (ب) : (فصل : ومؤنة الردِّ) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٦٦) ، المستدرك (٢/ ٤٧) ، وأخرجه أبو داوود (٣٥٦١) جميعهم عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

(٣) سنن أبي داوود (٣٥٦٢) ، وأخرجه الحاكم (٢/ ٤٧) عن صفوان بن أمية رضي الله عنه .

وَٱلْمُسْتَعِيرُ مِنْ مُسْتَأْجِرٍ لاَ يَضْمَنُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ تَلِفَتْ دَابَّتُهُ فِي يَدِ وَكِيلٍ بَعَثَهُ فِي شُغْلِهِ أَوْ فِي يَدِ مَنْ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ لِيُرَوِّضَهَا . . فَلاَ ضَمَانَ . وَلَهُ ٱلاِنْتِفَاعُ بِحَسَبِ ٱلإِذْنِ ، فَإِنْ أَعَارَهُ لِزِرَاعَةِ حِنْطَةٍ . . زَرَعَهَا وَمِثْلَهَا إِنْ لَمْ يَنْهَهُ ، أَوْ لِشَعِيرٍ . . لَمْ يَزْرَعْ فَوْقَهُ كَحِنْطَةٍ ، وَلَوْ أَطْلَقَ ٱلزِّرَاعَةَ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ وَيَزْرَعُ مَا شَاءَ . وَإِذَا ٱسْتَعَارَ لِبِنَاءٍ أَوْ غِرَاسٍ . . فَلَهُ ٱلزَّرْعُ وَلاَ عَكْسَ . . . .

(والمستعيرُ من مستأجِرٍ لا يضمن في الأصحِّ) لأن يده نائبة عن يدٍ غيرِ ضامنة ، **والثاني** : يضمن ؛ كالمستعير من المالك .

ويجري الخلاف : في المستعير من الموصىٰ له بالمنفعة ومن الموقوف عليه .

ومؤنة الردِّ في هـٰذه الاستعارة على المستعير إن ردَّ على المستأجر ، وعلى المالك إن ردَّ عليه ؛ كما لو ردَّ عليه المستأجر ، فيستثنىٰ ذلك من قوله أوّلاً : (ومؤنة الردِّ على المستعير) .

(ولو تَلِفت دابته في يد وكيلٍ بعثه في شُغله ، أو في يد من سلّمها إليه ليروِّضها) أي : يعلّمَها السير (. . فلا ضمان) لأنه لم يأخذها لغرض نفسه .

(وله الانتفاع بحسب الإذن) لأنه وَضْعُ العارية ، (فإن أعاره لزراعة حنطة . . زرعها) لإذنه فيها (ومثلَها) لأن رضاه بالحنطة رضاً بمثلها ، وله زرع الشعير من باب أولىٰ ؛ لأنه أخفّ ضرراً من القمح ، لا الذُّرَةِ والقطنِ ؛ لزيادة ضررهما (إن لم ينهه) أي : فإن نهاه عن زراعة المثل أو الأدون . . امتنعا عليه ؛ اتباعاً لنهيه ، ولو عيّن نوعاً ونهىٰ عن غيره . . امتثل ؛ كما صرح به في « المحرر »[1] .

(أو لشعير . . لم يزرع فوقه ؛ كحنطة) لأن ضررها أكثر من ضرره .

(ولو أطلق الزراعة) بأن قال : (أعرتُكَها للزراعة) أو (لتزرعها) (. . صحَّ في الأصحِّ ، ويزرع ما شاء) لإطلاق اللفظ ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ لتفاوت المزروع .

قال الرافعي : ولو قيل : تصحُّ ويقتصر علىٰ أخفها ضرراً . . لكان مذهباً[2] .

(وإذا استعار لبناء أو) غرسٍ (غراس . . فله الزرع) لأنه أخفّ ، (ولا عكسَ)

---

(١) المحرر (ص ٢٠٩) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣٨١) .

وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ لاَ يَغْرِسُ مُسْتَعِيرٌ لِبِنَاءٍ وَكَذَا ٱلْعَكْسُ ، وَأَنَّهُ لاَ تَصِحُّ إِعَارَةُ ٱلأَرْضِ مُطْلَقَةً ، بَلْ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ نَوْعِ ٱلْمَنْفَعَةِ .

لأن ضررهما أكثر ، ويُقصَد منهما الدوام .

(**والصحيح** : أنه لا يغرس مستعير لبناء ، وكذا العكس) أي : لا يبني مستعير لغراس ؛ لاختلاف جنس الضرر ؛ فإن ضرر البناء في ظاهر الأرض آكدُ من باطنها ، والغراس بالعكس ؛ لانتشار العروق ، **والثاني** : يجوز ؛ لأنهما للتأبيد .

(وأنه لا تصحُّ إعارة الأرض مطلقةً ، بل يشترط تعيين نوع المنفعة) قياساً على الإجارة ، **والثاني** : تصحُّ ، ولا يضر ما فيها من الجهالة ؛ لأن العارية يحتمل فيها ما لا يحتمل في الإجارة .

وقضية كلامه : ضعف الخلاف ، وليس كذلك ؛ فإن الرافعي في « شرحيه » لم يرجّح هنا شيئاً[١] ، وعبارة « الروضة » : **أصحهما عند الإمام والغزالي** : المنع ، ثم نقل في « زيادته » تصحيحه عن « المحرر »[٢] ، لكن إيراد « المطلب » يقتضي : أن الأكثرين على الصحة ، واختاره السبكي .

وإذا قلنا بالصحة . . فله الانتفاع كيف شاء ، **وقيل** : ينتفع بما هو العادة فيه ، قال الرافعي : **وهو أحسن** ، ثم قال : **والوجه** : القطع بأن إطلاق العارية لا يسلط على الدفن ؛ لما فيه من ضرر اللزوم[٣] .

هـٰذا كلُّه : إذا كان المستعار يُنتفع به من جهتين فصاعداً ؛ كالأرض والدابة ، أما إذا كان لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ؛ كالبِساط بالفُرُش . . فإنه لا يحتاج في إعارته إلىٰ بيان الانتفاع ، ويستعمل في ذلك بالمعروف[٤] .

* * *

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٨١) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٤٣٦) .

(٣) الشرح الكبير (٥/ ٣٨٢ـ ٣٨٣) .

(٤) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

فَصْلٌ
[في رد العارية]

لِكُلٍّ مِنْهُمَا رَدُّ ٱلْعَارِيَةِ مَتَىٰ شَاءَ إِلاَّ إِذَا أَعَارَ لِدَفْنٍ . . فَلاَ يَرْجِعُ حَتَّىٰ يَنْدَرِسَ أَثَرُ ٱلْمَدْفُونِ . . . .

(**فصل : لكلٍّ منهما ردُّ العارية متىٰ شاء**) ولو مؤقتةً قبل فراغ المدة **في الأصحِّ** ؛ لأنها مَبَرَّةٌ من المعير وارتفاقٌ من المستعير ، فلا يليق بها الإلزام .

(**إلا إذا أعار لدَفْن**) ودَفَنَ (. . **فلا يرجع حتىٰ يندرس أثر المدفون**) بأن يصير تراباً ؛ محافظة علىٰ حرمة الميت ، وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يُوضَع فيه الميت ، فإن وُضِع . . امتنع الرجوع وإن لم يوارَ **على الصحيح في « الشرح الصغير »** .

وقوله : (حتىٰ يندرس أثر المدفون) : **هو أول جوابَي** القاضي الحسين ، **وآخرهما** : أنه لا يجوز له أن يرجع قط ؛ لأن الدفن للتأبيد ، قاله في « المطلب » .

وأُورد علىٰ حصره مسائلُ :

منها : إذا كفّنه أجنبي وقلنا : إن الكفن باقٍ علىٰ ملك الأجنبي ؛ كما صححه المصنف في (كتاب السرقة) من « زيادة الروضة »[1] . . فهو عارية لازمة ؛ كما قاله في « الوسيط »[2] .

ومنها : إذا قال : (أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً) . . لم يكن للمالك ـ وهو الوارث ـ الرجوعُ ؛ كما صرّحا به في (التدبير)[3] .

ومنها : لو أعاره سفينة فوضع فيها متاعاً . . لم يكن له الرجوع ما دامت في اللُّجَّة ؛ للضرر ، قاله البَنْدَنيجي والروياني[4] ، **وفي استثنائها نظر** .

ومنها : ما لو أعاره دابة أو سلاحاً ونحوَهما للغزو والتقى الجمعان . . فليس له الرجوع حتىٰ ينكشف القتال ، قاله الخفّاف في « الخصال » .

---

(١) روضة الطالبين (١٠/ ١٣١) .

(٢) الوسيط (٦/ ٤٧٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٣/ ٤١١) ، روضة الطالبين (١٢/ ١٨٨) .

(٤) بحر المذهب (٨/ ١٠) .

وَإِذَا أَعَارَ لِلْبِنَاءِ أَوِ ٱلْغِرَاسِ وَلَمْ يَذْكُرْ مُدَّةً ثُمَّ رَجَعَ ؛ إِنْ كَانَ شَرَطَ ٱلْقَلْعَ مَجَّاناً . . لَزِمَهُ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنِ ٱخْتَارَ ٱلْمُسْتَعِيرُ ٱلْقَلْعَ . . قَلَعَ ، . . . .

ومنها : إذا نذر المعير ألا يرجع إلا بعد سنة ، أو نذر أن يعيره سنة . . امتنع الرجوع قبل السنة ، قاله المتولي .

ومنها : لو استعار داراً لسكنى المعتَدَّة . . فهي لازمة من جهة المستعير فقط .

ومنها : لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليستر به عورته أو ليفرشه في مكان نجس ففعل وكان الرجوع مؤدياً إلىٰ بطلان صلاته . . قال الإسنوي : فيحتمل : **منعه منه** ، **وهو متجه** ، ويحتمل : **الجواز** ، وتكون فائدته طلبَ الأجرة . انتهىٰ[1] .

ونقل الزركشي في « الخادم » عن « البحر » : أنه ليس للمعير الاستردادُ ولا للمستعير الردُّ إلا بعد فراغ الصلاة . انتهىٰ .

وفي « شرح المهذب » في آخر (باب ستر العورة) : (ولو رجع المعير في أثناء الصلاة . . نزعه وبنىٰ علىٰ صلاته ، ولا إعادة عليه بلا خلاف ، ذكره صاحب « الحاوي » وغيره)[2] .

(**وإذا أعار للبناء أو**) لغرس (**الغراس ولم يذكر مدةً ثم رجع**) بعد أن بنىٰ وغرس (**إن كان شَرَطَ القلع مجّاناً . . لزمه**) عملاً بالشرط ، ويلزم المستعيرَ أيضاً تسويةُ الحفر إن شرطها ، وإلا . . فلا .

ولم يذكر الشافعي في « الأم » و« المختصر » لفظةَ (مجاناً)[3] ، وحذفُها أولىٰ ؛ لأن الحكم عند حذفها كذلك ، وقد حذفاها في نظيره من (الإجارة)[4] .

واحترز بقوله : (**ولم يذكر مدة**) عن العارية المؤقتة ، وستأتي بعد .

(**وإلا**) أي : وإن لم يشرِط عليه القلع (**فإن اختار المستعير القلع . . قلع**) بلا أرش ؛ لأنه ملكُه وقد رضي بنقصانه .

---

(١) المهمات (٦/ ١٣) .

(٢) المجموع (٣/ ١٨٧ـ ١٨٨) .

(٣) الأم (٥/ ٢٩) ، مختصر المزني (ص ١٣٠) .

(٤) الشرح الكبير (٦/ ١٣١) ، روضة الطالبين (٥/ ٢١٤) .

وَلاَ يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ ٱلأَرْضِ فِي ٱلأَصَحِّ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ : يَلْزَمُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً ، بَلْ لِلْمُعِيرِ ٱلخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ ، أَوْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، قِيلَ : أَوْ يَتَمَلَّكَهُ بِقِيمَتِهِ . . . .

(**ولا يلزمه تسويةُ الأرض في الأصحِّ**) لأنه مأذون فيه ، فلم يلزمه ضمان نقصه ؛ كاستعمال الثوب المستعار .

(**قلت : الأصحُّ : يلزمه ، والله أعلم**) ليردَّ كما أخذ .

ومحل الخلاف : فيما إذا كانت الحُفَرُ الحاصلةُ في الأرض علىٰ قدر الحاجة ، فإن كانت زائدةً علىٰ حاجة القلع . . لزمه حكم الزائد قطعاً ؛ كذا قاله ابن الملقن[١] ، وهو ظاهر .

(**وإن لم يختر**) القلع (. . **لم يَقلع مجّاناً**) لأنه محترم ، (**بل للمعير الخيار بين أن يُبقيَه بأجرة**) أي : أجرةِ مثله (**أو يقلعَ ويضمنَ أرش نقصه**) ، وهو قدر التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ؛ لأن العارية مَكْرُمة ، فلا يليق بها منعُ المعير من ماله ، ولا تضييعُ مال المستعير ، فجمعنا بذلك بين الحقّين ، وخُيّر المعير ؛ لأنه المحسن .

ومحل التخيير : إذا كان في القلع تنقيص ، وإلا . . تعيّن القلع ؛ كما اقتضاه كلام « الشرح » و« الروضة » وجزم به في « المهذب » و« الاستقصاء »[٢] .

ومحله أيضاً : في الأرض الخالصة للمعير ، أما لو كان شيء منها للمستعير . . لم يكن للمعير إلا التبقيةُ بأجرة ، حكياه عن المتولي وأقرّاه[٣] .

(**قيل : أو يتملَّكَه بقيمته**) حالَ التملك ، **ووجه مقابله** : أن ذلك بيع فلا بدَّ فيه من التراضي .

وما ذكره من التخيير بين التبقية بالأجرة وبين القلع مع غرامة الأرش دون التملك بالقيمة تبعاً لـ« المحرر » . . لا يعرف في غيرهما[٤] ، إلا ما يوهمه كلام « التنبيه »[٥] ،

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٧٥) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣٨٥) ، روضة الطالبين (٤/ ٤٣٧) ، المهذب (١/ ٤٧٩) .
(٣) الشرح الكبير (٥/ ٣٨٧) ، روضة الطالبين (٤/ ٤٣٩) .
(٤) المحرر (ص ٢٠٩) .
(٥) التنبيه (ص ٧٨) .

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . لَمْ يَقْلَعْ مَجَّاناً إِنْ بَذَلَ ٱلْمُسْتَعِيرُ ٱلأُجْرَةَ ، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَبْذُلْهَا فِي ٱلأَصَحِّ ، ثُمَّ قِيلَ : يَبِيعُ ٱلْحَاكِمُ ٱلأَرْضَ وَمَا فِيهَا وَيقْسِمُ بَيْنَهُمَا ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُعْرِضُ عَنْهُمَا حَتَّىٰ يَخْتَارَا شَيْئاً ، . . . .

ولم يذكراه في باقي كتبهما وجهاً فضلاً عن ترجيحه ؛ فإن حاصلَ ما في « الشرحين » و« الروضة » : **ثلاثةُ أوجه**[1] : **أصحها في هـٰذا الباب** : يتخير بين التملك بالقيمة والقلعِ بالأرش ، وليس له الإبقاء بأجرة إلا برضا المستعير ، وهو المجزوم به في « الكتاب » في (الفلس) ، **والثاني** : يتخير بين الثلاث ، وهو ما أجابا به في مواضع[2] ، **والثالث** : له القلع وغرامة أرش النقص ، وأما الخصلتان الباقيتان . . فلا يجبر المستعير عليهما .

ولو كان على الأشجار ثمر بدا صلاحه تأخر التخيير بين الخصال إلى الجداد ، نقله في « الكفاية » عن القاضي والإمام وأقرّه[3] .

(**فإن لم يختر**) المعير واحدةً من الخصال التي خُيّر فيها (. . **لم يَقلع مجّاناً إن بذل المستعير الأجرة**) لأنه غير ظالم .

(**وكذا إن لم يبذلها في الأصحِّ**) لأن المعير مقصِّرٌ بترك الاختيار راضٍ بإتلاف منافعه ، **والثاني** : يقلع مجّاناً ؛ لأن العارية قد انتهت بالرجوع ، فلا بدَّ من الأجرة في مقابلة الانتفاع .

(**ثم**) حيث لم يختر المعير إحدى الخصلتين المخيَّر بينهما[4] ، ولم يقلعه مجّاناً (**قيل : يبيع الحاكم الأرض وما فيها ويقسِم بينهما**) فصلاً للخصومة ، وفي كيفية التوزيع الخلافُ السابق في رهن الأم دون ولدها .

(**والأصحُّ : أنه يُعرِض عنهما حتىٰ يختارا شيئاً**) لأن المستعير لا تقصير منه ، فكيف يزال ملكه بغير اختياره ؟! وأما المعير . . فالتقصيرُ وإن كان منه لكن ضرره عليه

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٨٥) ، روضة الطالبين (٤/ ٤٣٨) .

(٢) انظر مثلاً « الشرح الكبير » (٦/ ٣٢٧) ، و« روضة الطالبين » (٥/ ٣٨٣) .

(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٣٧٤) .

(٤) في غير (أ) : (إحدى الخصال المخير بينها) .

وَلِلْمُعِيرِ دُخُولُهَا وَٱلِٱنْتِفَاعُ بِهَا ، وَلاَ يَدْخُلُهَا ٱلْمُسْتَعِيرُ بِغَيرِ إِذْنٍ لِتَفَرُّجٍ ، وَيَجُوزُ لِلسَّقْيِ وَٱلإِصْلاَحِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلِكُلٍّ بَيْعُ مِلْكِهِ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ بَيْعُهُ لِثَالِثٍ . وَٱلْعَارِيَةُ ٱلْمُؤَقَّتَةُ كَٱلْمُطْلَقَةِ ، . . . .

وقادرٌ علىٰ إزالته ، فبأي سبب نزيل ملكه ؟! وإنما يتصرف الحاكم عن الغير إذا تعدى الضرر إلىٰ غيره ؛ كطلاق امرأة المولي وبيعِ أموال المديون الممتنع عن الوفاء .

وقوله : (حتىٰ يختارا) : كذا هو في نسخة المصنف تبعاً لـ« المحرر » بالتثنية[1] ، وفي أكثر نسخ « الشرحين » وفي « الروضة » بخط المصنف : (يختار) بغير ألف[2] ، وصُحّح بخطه علىٰ موضع سقوط الألف ، **وهو الأحسن** ؛ لأن اختيار المعير كافٍ في فصل الخصومة .

ثم ذكر المصنف ما يترتب على الوجه الأصحِّ ـ وهو الإعراض عنهما إلى الاختيار ـ فقال :

(**وللمعير دخولها والانتفاع بها**) في مدة المنازعة ؛ لأنها ملكه ، (**ولا يدخلها المستعير بغير إذن لتفرج**) لأنه لا ضرورة به إليه ، فكان كالأجنبي .

(**ويجوز للسقي والإصلاح في الأصحِّ**) صيانةً لملكه عن الضياع ، **والثاني** : لا ؛ لأنه يشغل ملك غيره إلىٰ أن يصل إلىٰ ملكه .

(**ولكلٍّ**) من المعير والمستعير (**بيعُ ملكه**) من صاحبه ومن أجنبي ؛ كسائر الأملاك ، فإن باع المعير لأجنبي . . يخير المشتري كما يتخير البائع ، وإن باع المستعير . . كان المعير علىٰ خيرته ، لكن للمشتري الفسخ إن جَهِل الحال ، (**وقيل : ليس للمستعير بيعه لثالث**) لأن ملكه غيرُ مستقر ؛ فإن للمعير تملّكه بالقيمة .

وأجاب الأول عنه : بأن هـٰذا لا يمنع البيع ؛ كما في بيع الشقص المشفوع .

(**والعارية المؤقتة كالمطلقة**) في جميع ما سبق ، سواء انتهت المدة أو رجع قبلها ، **أما بعد المدة** . . فلأنه محترم ، ولم يشترط نقصه ، فلا ينقص مجّاناً ، وبيانُ

---

(١) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٣٨٧) ، روضة الطالبين (٤/٤٣٨) ، وفي المطبوع من « الروضة » : (يختارا) بالتثنية .

وَفِي قَوْلٍ : لَهُ ٱلْقَلْعُ فِيهَا مَجَّاناً إِذَا رَجَعَ . وَإِذَا أَعَارَ لِزِرَاعَةٍ وَرَجَعَ قَبْلَ إِدْرَاكِ ٱلزَّرْعِ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ عَلَيْهِ ٱلإِبْقَاءَ إِلَى ٱلْحَصَادِ ، وَأَنَّ لَهُ ٱلأُجْرَةَ . فَلَوْ عَيَّنَ مُدَّةً وَلَمْ يُدْرِكْ فِيهَا لِتَقْصِيرِهِ بِتَأْخِيرِ ٱلزِّرَاعَةِ . . قَلَعَ مَجَّاناً . وَلَوْ حَمَلَ ٱلسَّيْلُ بَذْراً إِلَىٰ أَرْضِهِ فَنَبَتَ . . فَهُوَ لِصَاحِبِ ٱلْبَذْرِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَىٰ قَلْعِهِ . . . .

المدة كما يجوز أن يكون للقلع يجوز أن يكون لمنع إحداث البناء والغراس بعده ، **وأما قبله** . . فلأن وضع العواري على الجواز ، والتأقيتُ وعدٌ ، فلا يجب الوفاء به .

(**وفي قول : له القلع فيها مجّاناً إذا رجع**) بعد المدة ؛ ذهاباً إلىٰ أن فائدةَ بيان المدة : القلعُ بعد مضيها ، **وجوابه** : ما ذكرناه من معارضته بمنع الإحداث .

(**وإذا أعار لزراعة ورجع قبل إدراك الزرع . . فالصحيح : أن عليه الإبقاءَ إلى الحصاد**) لأنه محترم وله أمد ينتظر ، بخلاف البناء والغراس ، **والثاني** : للمعير قلعه ، ويغرم الأرش ، **والثالث** : يتملكه بالقيمة .

(**وأن له الأجرةَ**) لأن الإباحة انقطعت بالرجوع ، فأشبه ما إذا أعاره دابة إلىٰ بلد ثم رجع في الطريق . . فإن عليه نقلَ متاعه إلىٰ مأمن بأجرة المثل ، **والثاني** : لا أجرة له ؛ لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع .

ومحلُّ ما ذكره : فيما لا يُحصد قصيلاً ؛ كالقمح ونحوه ، فإن كان يُحصد قصيلاً . . كُلّف قطعَه .

(**فلو عيّن مدة ولم يدرك فيها ؛ لتقصيره بتأخير الزراعة . . قَلع مجّاناً**) لما أشار إليه من كونه مقصّراً ، وإن لم يقصّر . . فهو كما لو أعاره مطلقاً .

(**ولو حمل السيلُ**) أو الهواء (**بذراً إلىٰ أرضه فنبت . . فهو لصاحب البَذْر**) ولو كان حبة واحدة ؛ لأنه عين ماله .

نعم ؛ لو ألقى الحبة أو النواة وأعرض عنها . . قال في « زيادة الروضة » : **فينبغي** : القطع بأنها لصاحب الأرض[1] .

(**والأصحُّ : أنه يجبر علىٰ قلعه**) لأن المالك لم يأذن فيه ، فأشبه ما إذا انتشرت أغصان شجرة للغير إلىٰ هواء داره . . فإن له قطعَها ، **والثاني** : لا يجبر ؛ لأنه لم يوجد

---

(١) روضة الطالبين (٤/٤٤٢) .

وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً وَقَالَ لِمَالِكِهَا : (أَعَرْتَنِيهَا) فَقَالَ : (أَجَّرْتُكَهَا) ، أَوِ ٱخْتَلَفَ مَالِكُ ٱلْأَرْضِ وزَارِعُهَا كَذَلِكَ . . فَٱلْمُصَدَّقُ ٱلْمَالِكُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (أَعَرْتَنِي) فَقَالَ : (بَلْ غَصَبْتَ مِنِّي) ؛ فَإِنْ تَلِفَتِ ٱلْعَيْنُ . . فَقَدِ ٱتَّفَقَا عَلَى ٱلضَّمَانِ ، لَـٰكِنِ ٱلْأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْعَارِيَةَ تُضْمَنُ بِقِيمَةِ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ ، لاَ بِأَقْصَى ٱلْقِيَمِ ، وَلاَ بِيَوْمِ ٱلْقَبْضِ ، . .

منه تعدٍّ ، فهو كالمستعير ، فينظر في النابت أهو شجر أو زرع ؟ ويكون الحكم علىٰ ما سبق .

(ولو ركب دابة وقال لمالكها :) ـ وهي باقية ومضىٰ زمنٌ لمثله أجرةٌ ـ (« أعرتَنيها » ، فقال : « أجرتُكَها »[1] ، أو اختلف مالك الأرض وزارعها كذلك . . فالمصدَّق المالك على المذهب) لأن المنافع تصحُّ المعاوضة عليها ؛ كالأعيان ، ولو اختلفا في العين بعد هلاكها ؛ فقال المالك : (بعتُكها) ، وقال : (بل وهبتَنيها) . . صدق المالك ، فكذا هنا .

والثاني : يصدق الراكب والزارع ؛ لأن المالك وافقهما علىٰ إباحة المنفعة لهما ، والأصل براءة ذمتهما من الأجرة التي يدعيها ، **والثالث** : يصدق المالك في الأرض دون الدابة ؛ لأن الأراضيَ تندر فيها الإعارة ، بخلاف الدواب .

(وكذا لو قال : « أعرتني ») هـٰذه الدابة أو الأرض ، (فقال : « بل غصبتَ مني ») . . فالمصدَّق المالك على المذهب ؛ لأن الأصل عدمُ إذنه ، **والثاني** : أن القول قول المستعير ؛ **لأن الظاهر** : أن تصرفه بحقٍّ .

والطريق الثاني : القطع بالأول ، **والطريق الثالث** : القطع بالثاني .

(فإن تَلِفت العين . . فقد اتفقا على الضمان) لأن كلاً من المغصوب والمستعار مضمون .

(لكن الأصحُّ : أن العارية تُضمَن بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم ، ولا بيوم القبض) لأن الأصل ردُّ العين ، وإنما تجب القيمة بالفوات ، وهو إنما يتحقق بالتلف ، ولو اعتبرنا الأقصىٰ أو يوم القبض . . لأدىٰ إلىٰ أن يضمن الأجزاء المستحقة بالاستعمال وهي مأذون فيها ، **والثاني** : يضمن بالأقصىٰ ؛ كالمغصوب ، **والثالث** :

---

(١) في المطبوع من « المنهاج » (ص ٢٨٩) : (فقال : « بل أجرتكها ») .

فَإِنْ كَانَ مَا يَدَّعِيهِ ٱلْمَالِكُ أَكْثَرَ . . حَلَفَ لِلزِّيَادَةِ .

بقيمة يوم القبض ؛ كالقرض .

قال المتولي : **ومحلُّ الخلاف** : إذا نقصت بتغير السوق ، فإن نقصت بالاستعمال ولم تذهب العين ثم تلفت . . لم يضمن الزائد .

وقضية كلام الشيخين : أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوّم والمثلي[1] ، قال الإسنوي : وهو كذلك ؛ ففي « الحاوي » و« المهذب » و« البحر » : إن ضمنا المتقوّم بالأقصىٰ . . أوجبنا المثل في المثلي ، وإن ضمناه بقيمته يوم التلف ـ **وهو الأصحُّ** ـ . . ففي المثلي القيمة أيضاً[2] . فما في كتب الشيخين ماشٍ **على الصحيح** .

(**فإن كان ما يدّعيه المالكُ أكثرَ . . حلف للزيادة**) لأن غريمه ينكرها .

* * *

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٣٧٧) ، روضة الطالبين (٤/ ٤٣١) .

(٢) المهمات (٦/ ١٠) .

كتاب الغصب

هُوَ : ٱلِاسْتِيلَاءُ عَلَىٰ حَقِّ ٱلْغَيْرِ عُدْوَاناً ، فَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً أَوْ جَلَسَ عَلَىٰ فِرَاشٍ . . فَغَاصِبٌ وَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ . وَلَوْ دَخَلَ دَارَهُ وَأَزْعَجَهُ عَنْهَا ، أَوْ أَزْعَجَهُ وَقَهَرَهُ عَلَى ٱلدَّارِ وَلَمْ يَدْخُلْ . . فَغَاصِبٌ ، . . . .

(كتاب الغصب)

هو في اللغة : أخذ الشيء ظلماً مجاهرةً ، **وفي الشرع** : ما سيأتي .

وتحريمه معلوم من الدين بالضرورة .

(**هو الاستيلاء علىٰ حق الغير عدواناً**) ويرجع في الاستيلاء للعرف .

وتعبير المصنف أحسن من تعبير « المحرر » وغيره : (علىٰ مال الغير)[1] فإن الحقَّ يشمل : الكلب ، والحقوق ، والاختصاصات ؛ نبه عليه في « الدقائق »[2] .

وخرج بالعدوان : أمور ؛ منها : الأمانات الشرعية ؛ كاللقطة ، والثوب الذي أطارته الريح ، والاستيلاء علىٰ مال الكفار بالاغتنام .

وزاد القاضي : جهراً ؛ لتخرج السرقة ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، ولا بدَّ من فصلٍ يُخرج المختلس وقاطع الطريق .

(**فلو ركب دابة أو جلس علىٰ فراش . . فغاصبٌ وإن لم يَنقل**) لحصول غاية الاستيلاء ، وهو الانتفاع علىٰ وجه التعدي ، وسواء قصد الاستيلاء أو لم يقصده ؛ كما صرح به في « أصل الروضة »[3] .

(**ولو دخل داره وأزعجه عنها**) أي : أخرجه منها (**أو أزعجه وقهره على الدار**) بالطريق الذي جعلناه قبضاً في بيعها ، وهو التسلط على التصرف (**ولم يدخل . . فغاصبٌ**) **أما في الأولىٰ** . . فسواء قصد الاستيلاء أم لا ؛ لأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده ، وقيدا في « الشرح » و« الروضة » الدخول بأهله علىٰ هيئة من يقصد

---

(١) المحرر (ص ٢١١) .

(٢) دقائق المنهاج (ص ٦٣) .

(٣) روضة الطالبين (٥/٨) .

وَفِي ٱلثَّانِيَةِ وَجْهٌ وَاهٍ . وَلَوْ سَكَنَ بَيْتاً وَمَنَعَ ٱلْمَالِكَ مِنْهُ دُونَ بَاقِي ٱلدَّارِ . . فَغَاصِبٌ لِلْبَيْتِ فَقَطْ . وَلَوْ دَخَلَ بِقَصْدِ ٱلِاسْتِيلاَءِ وَلَيْسَ ٱلْمَالِكُ فِيهَا . . فَغَاصِبٌ ، وَإِنْ كَانَ وَلَمْ يُزْعِجْهُ . . فَغَاصِبٌ لِنِصْفِ ٱلدَّارِ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ضَعِيفاً لاَ يُعَدُّ مُسْتَوْلِياً عَلَىٰ صَاحِبِ ٱلدَّارِ .

السكنىٰ[1] ، **فخرج بهٰذا القيد** : من يهجم الدار لإخراج صاحبها لظالم ولا يقيم ، وعبارة « الكتاب » تبعاً « لأصله » يشمله .

وإذا اجتمع الإزعاج والدخول الخالي عن هيئة السكنىٰ . . قال في « المطلب » : **الأقرب** : أنه غصب ؛ لأنه قرينة دالة على الاستيلاء .

قال المنكت : وهو يؤيد ما في « المنهاج »[2] .

وأما في الثانية . . فلأنها في قبضته عرفاً ، ولا بدَّ من قصد الاستيلاء ؛ كما قاله الماوردي والإمام[3] ، وإليه أشار المصنف بقوله : (وقهره على الدار) فإن وجد الإزعاج فقط . . فلا ضمان قطعاً .

(**وفي الثانية : وجه واه**) أنه لا يكون غاصباً ما لم يدخل ؛ لأن أهل العرف لا يطلقون علىٰ ذلك اسم الغصب .

(**ولو سكن بيتاً ومنع المالكَ منه دون باقي الدار . . فغاصب للبيت فقط**) لقصور الاستيلاء عليه .

(**ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها . . فغاصب**) للدار ؛ لحصول الاستيلاء في الحال ، وسواء كان الداخل قويّاً أو ضعيفاً .

واحترز بـ(قصد الاستيلاء) : عما إذا دخل لا علىٰ قصده بل ينظر هل تصلح له أو غير ذلك . . فإنه لا يكون غاصباً .

(**وإن كان**) المالك فيها (**ولم يزعجه . . فغاصب لنصف الدار**) لاجتماع يدهما واستيلائهما عليها ، (**إلا أن يكون ضعيفاً لا يُعدُّ مستولياً علىٰ صاحب الدار**) فإنه لا يكون غاصباً لشيء منها ؛ لانتفاء الاستيلاء والحالة هٰذه .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٤٠٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٨) .
(٢) السراج (٤/ ١١٧) .
(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٤١٦) ، نهاية المطلب (٧/ ١٦٩) .

وَعَلَى ٱلْغَاصِبِ ٱلرَّدُّ ، فَإِنْ تَلِفَ عِنْدَهُ . . ضَمِنَهُ . وَلَوْ أَتْلَفَ مَالاً فِي يَدِ مَالِكِهِ . . ضَمِنَهُ . وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زِقٍّ مَطْرُوحٍ عَلَى ٱلأَرْضِ فَخَرَجَ مَا فِيهِ بِٱلْفَتْحِ ، أَوْ مَنْصُوبٍ فَسَقَطَ بِٱلْفَتْحِ وَخَرَجَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ سَقَطَ بِعَارِضِ رِيحٍ . . لَمْ يَضْمَنْ . وَلَوْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ وَهَيَّجَهُ فَطَارَ . . ضَمِنَ ، . . . .

(**وعلى الغاصب الردُّ**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ »[1] .

(**فإن تلف عنده . . ضمنه**) بالإجماع .

نعم ؛ لو كان التالف لا قيمة له كالسِّرجين ونحوه ، أو كان المتلف مما لا ضمان عليه ؛ كالحربي . . فلا ضمان .

(**ولو أتلف مالاً في يد مالكه . . ضمنه**) بالإجماع .

(**ولو فتح رأس زِقٍّ مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح ، أو منصوبٍ فسقط بالفتح**) لتحريك الوِكاء وجذبه (**وخرج ما فيه . . ضمن**) لأنه في الأولىٰ مباشر للإتلاف ، وفي الثانية متسبب ؛ إذ التلف ناشىء عن فعله .

(**وإن سقط بعارض ريح . . لم يضمن**) لأن الخروج ليس بفعله ، وعروض الزلزلة ووقوع الطائر عليه كالريح .

نعم ؛ لو طلعت الشمس على الجامد فأذابته . . ضمن الفاتح **على الأصحِّ** .

والفرق بينه وبين الريح : أن طلوع الشمس محقق ؛ فلذلك قد يقصده الفاتح ، بخلاف الريح .

وقوله : (بعارض ريح) يشعر بأنه إذا سقط بالريح المقارن . . كان من ضمان الفاتح ، وبه صرح الفارقي ، **وهو متجه** .

وحكم حلِّ السفينة كالزِّقِّ .

(**ولو فتح قفصاً عن طائر وهيَّجه فطار**) في الحال (**. . ضمن**) بالإجماع .

---

(١) أخرجه الحاكم (٤٧/٢) ، وأبو داوود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَى ٱلْفَتْحِ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ طَارَ فِي ٱلْحَالِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ وَقَفَ ثُمَّ طَارَ . . فَلاَ . وَٱلأَيْدِي ٱلْمُتَرَتِّبَةُ عَلَىٰ يَدِ ٱلْغَاصِبِ أَيْدِي ضَمَانٍ وَإِنْ جَهِلَ صَاحِبُهَا ٱلْغَصْبَ . ثُمَّ إِنْ عَلِمَ . . فَكَغَاصِبٍ مِنْ غَاصِبٍ ، فَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ ضَمَانُ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَكَانَتْ يَدُهُ فِي أَصْلِهَا يَدَ ضَمَانٍ كَٱلْعَارِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ يَدَ أَمَانَةٍ كَٱلْوَدِيعَةِ . . فَٱلْقَرَارُ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَمَتَىٰ أَتْلَفَ ٱلآخِذُ مِنَ ٱلْغَاصِبِ مُسْتَقِلاًّ بِهِ . . فَٱلْقَرَارُ عَلَيْهِ مُطْلَقاً . . . .

(**وإن اقتصر على الفتح . . فالأظهر : أنه إن طار في الحال . . ضمن**) لأن طيرانه في الحال يُشعر بتنفيره .

(**وإن وقف ثم طار . . فلا**) ضمان ؛ لأن وقوفه يُشعر بطيرانه باختياره ، **والثاني** : يضمن مطلقاً ؛ لأنه لولا الفتح . . لم يطر ، **والثالث** : لا مطلقاً ؛ لأن له اختياراً .

(**والأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب أيدي ضمان وإن جهل صاحبها الغصب**) لأنه وضع يده علىٰ ملك الغير بغير إذنه ، والجهل ليس مسقطاً للضمان ، بل للإثم ؛ فيطالب المالك عند التلف من شاء منهم .

(**ثم إن علم**) الثاني الغصب (. . **فكغاصب من غاصب ، فيستقرُّ عليه ضمان ما تلف عنده**) فيطالب بكلِّ ما يطالب به الغاصب ، وإن تلف المغصوب في يده . . فقرار الضمان عليه .

نعم ؛ لو كانت القيمة في يد الأول أكثر . . فالمطالب بالزيادة هو الأول خاصةً ، وإليه أشار المصنف بقوله : (فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده) .

(**وكذا إن جهل**) الثاني الغصب (**وكانت يده في أصلها يدَ ضمان ؛ كالعارية**) والبيع ؛ لأنه دخل في العقد على الضمان ؛ فلا غرر .

(**وإن كانت يد أمانة ؛ كالوديعة . . فالقرار على الغاصب**) لأنه دخل علىٰ أن يده نائبةٌ عن يد الغاصب ؛ فكأنها لم تخرج عنه ، فإن غرم الغاصب . . لم يرجع على الثاني قطعاً ، وإن غرم الثاني . . رجع على الأول .

(**ومتىٰ أتلف الآخذ من الغاصب مستقلاً به . . فالقرار عليه مطلقاً**) سواء أكانت يده يدَ ضمان أم أمانة ؛ لأن الإتلاف أقوىٰ من إثبات اليد العادية .

وَإِنْ حَمَلَهُ ٱلْغَاصِبُ عَلَيْهِ بِأَنْ قَدَّمَ لَهُ طَعَاماً مَغْصُوباً ضِيَافَةً فَأَكَلَهُ . . فَكَذَا فِي ٱلأَظْهَرِ . وَعَلَىٰ هَـٰذَا : لَوْ قَدَّمَهُ لِمَالِكِهِ فَأَكَلَهُ . . بَرِىءَ ٱلْغَاصِبُ .

فَصْلٌ

[في بيان حكم الغصب]

تُضْمَنُ نَفْسُ ٱلرَّقِيقِ بِقِيمَتِهِ أُتْلِفَ أَوْ تَلِفَ تَحْتَ يَدٍ عَادِيَةٍ ، . . . .

وقوله : (مستقلاً) احترز به عما إذا حمله الغاصب عليه ، وفيه تفصيل ؛ وهو : إن كان لغرض المتلف ؛ كالأكل . . فسنذكره عقبه ، أو للغاصب ؛ كذبح الشاة . . فالقرار على الغاصب ، أو لا لغرضٍ ؛ كإتلاف المال . . فعلى المتلف ؛ لأنه محظور .

(**وإن حمله الغاصب عليه ؛ بأن قدم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله . . فكذا في الأظهر**) لأنه المتلف ، **والثاني** : أن القرار على الغاصب ؛ لأنه غره ، هـٰذا إذا قدمه إليه وسكت ، فإن قال : (هو ملكي) فإن ضمن المالك الغاصب . . لم يرجع على الآكل ؛ لأن دعواه الملك اعترافٌ منه بأن المالك ظلمه بتغريمه ، والمظلوم لا يرجع علىٰ غير من ظلمه .

(**وعلىٰ هـٰذا**) أي : **على الأظهر** (**لو قدمه لمالكه فأكله . . برىء الغاصب**) لأنه المتلف ، **وعلى الثاني** : لا يبرأ .

ومحلُّ ما ذكر : إذا قدمه له علىٰ هيئته ، فلو غصب سمناً وعسلاً ودقيقاً ، وصنعه حلوىٰ ، وقربه لمالكه فأكله . . لم يبرأ قطعاً ؛ لأنه بالخليط صار كالتالف ، وانتقل الحقُّ إلى القيمة ، ولا تسقط القيمة عندنا ببذل غيرها إلا برضا مستحقها ، وهو لم يعلم بذلك ؛ قاله الزبيري في « المسكت » .

* * *

(**فصل : تضمن نفس الرقيق**) المغصوبة (**بقيمته**) بالغةً ما بلغت ، ولو زادت علىٰ دية الحرِّ (**أُتلِف أو تلف تحت يدٍ عادية**) أي : بتخفيف الياء ؛ لأنه مال فوجبت قيمته ؛ كسائر الأموال .

ولو قال : (ضامنة) بدل (عادية) . . لكان أولىٰ ليشمل المستام والمستعير وغيرهما ، ويخرج الحربي وعبد المالك .

وَأَبْعَاضُهُ ٱلَّتِي لاَ يَتَقَدَّرُ أَرْشُهَا مِنَ ٱلْحُرِّ بِمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَتِهِ ، وَكَذَا ٱلْمُقَدَّرَةُ إِنْ تَلِفَتْ ، وَإِنْ أُتْلِفَتْ . . فَكَذَا فِي ٱلْقَدِيمِ ، وَعَلَى ٱلْجَدِيدِ : تَتَقَدَّرُ مِنَ ٱلرَّقِيقِ ، وَٱلْقِيمَةُ فِيهِ كَٱلدِّيَةِ فِي ٱلْحُرِّ ، فَفِي يَدِهِ نِصْفُ قِيمَتِهِ . وَسَائِرُ ٱلْحَيَوَانِ بِٱلْقِيمَةِ ، وَغَيْرُهُ مِثْلِيٌّ وَمُتَقَوِّمٌ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمِثْلِيَّ : مَا حَصَرَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ وَجَازَ ٱلسَّلَمُ فِيهِ ؛ . . . .

(وأبعاضه التي لا يتقدر أرشُها من الحر) كالسمن والبكارة (بما نَقَص من قيمته) بالإجماع .

(وكذا المقدرة) كاليد (إن تلفت) بآفة سماوية ؛ لأن الساقط من غير جناية لا يتعلق به قصاص ولا كفارة ، ولا يضرب على العاقلة ؛ فأشبه الأموال .

(وإن أُتلفت) بالجناية عليها (. . فكذا في القديم) لأن العبد حيوان مملوك ، فوجب في قطع أبعاضه ما نقص من قيمته ؛ قياساً على البهيمة .

(وعلى الجديد : تتقدر من الرقيق ، والقيمة فيه كالدية في الحرِّ ، ففي يده نصف قيمته) لما سيأتي في آخر (الديات) ، فإن المصنف أعادها هناك ، هـٰذا إذا كان الجاني غيرَ ذي اليد العادية ؛ أما هو . . فيلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش ، فإذا نَقَص بقطع يده ثلثا قيمته . . لزمه ذلك على القولين .

(وسائر الحيوان) أي : باقيه تُضمَن أجزاؤه (بالقيمة) لأنه مملوك لا يشبه الحرَّ في أكثر أحكامه فأوجبنا فيه ما نقص بالقياس على الجماد ، (وغيره) أي : غير الحيوان من الأموال (مثلي ومتقوم) أي : بكسر الواو ؛ لأنه إن كان له مثل . . فالمثلي ، وإلا . . فالمتقوم .

(والأصحُّ : أن المثلي : ما حصره كيلٌ أو وزن وجاز السلم فيه) فالمعدود والمذروع ؛ كالحيوان والثياب ليسا بمثليين وإن جاز السلم فيهما .

وخرج بجواز السلم : ما لا يجوز فيه السلم ؛ كالمعجونات ، والجواهر الكبار وغيرهما على ما سبق في بابه[1] .

وأورد على الضابط : صور ؛ **منها** : خل التمر ، فإنه متقوِّم ، ويحصره الوزن ،

---

(١) فائدة : قال القفال في « فتاويه » : بزر الدود لا مثل له ، ولا يجوز السلم فيه ؛ لأن أهل الصنعة لا يعرفون أن هـٰذا البزر يكون نسجه أبيض أو أحمر فهو كالسلم في الجوهر . اهـ هامش (أ) .

كَمَاءٍ وَتُرَابٍ وَنُحَاسٍ وَتِبْرٍ وَمِسْكٍ وَكَافُورٍ وَقُطْنٍ وَعِنَبٍ وَدَقِيقٍ ، لاَ غَالِيَةٍ وَمَعْجُونٍ .
فَيُضْمَنُ ٱلْمِثْلِيُّ بِمِثْلِهِ . . . .

ويجوز السلم فيه ، **ومنها** : المعيب من الحبوب وغيرها ؛ فإنه [ليس مثلياً ؛ فلا يجوز السلم فيه] قاله ابن الصلاح في « فتاويه »[(١)] مع ضعف ضابط المثلي ، **ومنها** : القمح المختلط بالشعير ؛ فإنه لا يجوز السلم فيه مع أن الواجب علىٰ متلفه ليس هو القيمةَ بلا شك بل يلزمه إخراج القدر المحقق من الحنطة ومن الشعير ، كذا قاله الإسنوي ، قال الزركشي : وقد يمنع ردُّ مثله ؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم ؛ للجهل بالقدر .

(**كماء**) بارد ؛ أما الحارُّ . . فإنه متقوم ؛ لدخول النار فيه ، ودرجات حَمْوِه لا تنضبط ، كذا ذكره في (الإجارة) من « المطلب » .

(**وتراب**) ورمل ، (**ونحاس**) وحديد ، (**وتبر**) وهو الذهب الخارج من المعدن الخالص عن ترابه .

(**ومسك وكافور وقطن وعنب ودقيق**) وكذا نُخالة ، كما قاله ابن الصلاح[(٢)] .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق في القطن بين ما فيه الحبُّ ، وبين المنزوع حبُّه ، قال الإسنوي : وبه صرح الرافعي في (السَّلم) ، ولم يستحضر هـٰذا في « المطلب » ، فقال : أطلقوا بأنه مثلي ، والذي أعتقده أن محلَّه . . بعد إخراج الحبِّ ، أما قبله . . فالذي يظهر القطعُ بأنه مُتقوِّم ، وأما الصوف . . فقال الشافعي رضي الله عنه : يُضمن بالمثل إن كان له مثل ، وهـٰذا توقف منه في أنه مثليٌّ أم لا ، قال في « البحر » : وقيل : فيه قولان[(٣)] .

(**لا غاليةٍ ومعجون**) لأنهما مختلطان من أجزاء مختلفة .

(**فيُضمَن المثلي بمثله**) لأنه أقرب إلىٰ حقِّه ، **ويستثنىٰ** : ما إذا أتلف الماء في

---

(١) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٢٨٣) ، ما بين المعقوفين من اجتهاد المعتني ؛ فإن العبارة غير واضحة في الأصل ، وانظر « السراج » (٤/ ١٢٧) ، و« النجم الوهاج » (٤/ ٢٦٩) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٢٨٣) .

(٣) بحر المذهب (٨/ ٢٥) .

تَلِفَ أَوْ أُتْلِفَ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَٱلْقِيمَةُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُعْتَبَرَ أَقْصَىٰ قِيَمِهِ مِنْ وَقْتِ ٱلْغَصْبِ إِلَىٰ تَعَذُّرِ ٱلْمِثْلِ . وَلَوْ نَقَلَ ٱلْمَغْصُوبَ ٱلْمِثْلِيَّ إِلَىٰ بَلَدٍ آخَرَ . . فَلِلْمَالِكِ أَنْ يُكَلِّفَهُ رَدَّهُ ، وَأَنْ يُطَالِبَهُ بِٱلْقِيمَةِ فِي ٱلْحَالِ ، . . . .

المفازة واجتمعا في البلد ، أو أتلف الجَمْد في الصيف ، واجتمعا في الشتاء . . فإنه تلزمه قيمتُه هناك وحينئذ .

(**تلف أو أُتلف**) زاد في « المحرر » تحت اليد العادية[1] ، فحذفها المصنف ، فورد عليه المستعير والمستام ؛ فإنهما يضمنان المثل بالقيمة ، كما تقدم التنبيه عليه في المستعير ، قال المنكت : ويجاب بأن كلامه في الغصب دون غيره[2] .

(**فإن تعذر**) المثل لإعوازه (. . **فالقيمة**) لأنه لا يوجد له مثل ؛ فأشبه ما لا مثل له بالكلية ، ووجوده بأكثر من ثمن المثل ؛ كإعوازه **على الأصحِّ** .

(**والأصحُّ : أن المعتبر أقصىٰ قيمه من وقت الغصب إلىٰ تعذر المثل**) لأن وجود المثل كبقاء عين المغصوب ؛ لأنه كان مأموراً برده ، كما كان مأموراً برد المغصوب ، فإذا لم يفعل . . غرم أقصىٰ قيمه في المُدَّتين ، **ومقابل الأصحِّ** : أحد عشر وجهاً ؛ **منها** : أن الاعتبار بيوم المطالبة ؛ لأن الإعواز حينئذ يتحقق ، ونقله أبو الطيب وابن الصباغ عن الأكثرين .

(**ولو نقل المغصوب المثليَّ إلىٰ بلد آخر . . فللمالك أن يكلفه ردَّه**) إذا علم مكانه ؛ لما سبق عند قوله : (وعلى الغاصب الردُّ) ، فإن هـٰذه بعض تلك ، فإن تلك أعم من المثلي ، والمُتقوِّم المستقر في بلد الغصب ، والمنقول عنه بنقل الغاصب أو أجنبي أو بنفسه ، سواء طولب برده أم لا ؛ ففي عبارته هنا تكرار مع نقص من وجوهٍ قد ظهرت لك .

(**وأن يطالبه بالقيمة في الحال**) أي : قبل الردِّ للحيلولة ؛ لأنه حال بينه وبين ملكه فأوجبنا القيمة ؛ لتسدَّ مسدَّ العين بقدر الإمكان .

وقيد الماوردي المطالبة بالقيمة بالبعيد ، فإن قربت مسافته . . طولب بالردِّ فقط ،

---

(١) المحرر (ص ٢١٢) .

(٢) السراج (١٢٨/٤) .

فَإِذَا رَدَّهُ . . رَدَّهَا . فَإِنْ تَلِفَ فِي ٱلْبَلَدِ ٱلْمَنْقُولِ إِلَيْهِ . . طَالَبَهُ بِٱلْمِثْلِ فِي أَيِّ ٱلْبَلَدَيْنِ شَاءَ ، فَإِنْ فُقِدَ ٱلْمِثْلُ . . غَرَّمَهُ قِيمَةَ أَكْثَرِ ٱلْبَلَدَيْنِ قِيمَةً . وَلَوْ ظَفِرَ بِٱلْغَاصِبِ فِي غَيْرِ بَلَدِ ٱلتَّلَفِ . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ لاَ مُؤْنَةَ لِنَقْلِهِ كَٱلنَّقْدِ . . فَلَهُ مُطَالَبَتُهُ بِٱلْمِثْلِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ مُطَالَبَةَ بِٱلْمِثْلِ ، بَلْ يُغَرِّمُهُ قِيمَةَ بَلَدِ ٱلتَّلَفِ . وَأَمَّا ٱلْمُتَقَوِّمُ . . فَيُضْمَنُ بِأَقْصَىٰ قِيَمِهِ مِنَ ٱلْغَصْبِ إِلَى ٱلتَّلَفِ ، وَفِي ٱلإِتْلاَفِ بِلاَ غَصْبٍ بِقِيمَةِ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ ، فَإِنْ جَنَىٰ وَتَلِفَ بِسِرَايَةٍ . . فَٱلْوَاجِبُ : ٱلأَقْصَىٰ أَيْضاً . . . .

وهـٰذه القيمة يملكها الآخذ **على الأصحِّ** .

وليس لنا موضع يجتمع فيه ملك البدل والمبدل **على المذهب** إلا هـٰذه .

(**فإذا ردَّه . . ردَّها**) إن كانت باقية ، وإلا . . فبدلها ؛ لزوال الحيلولة .

(**فإن تلف في البلد المنقول إليه . . طالبه بالمثل في أيِّ البلدين شاء**) لأن ردَّ العين قد توجه عليه في الموضعين .

(**فإن فُقد المثل . . غرَّمه قيمةَ أكثر البلدين قيمة**) تغليظاً عليه ؛ لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيها .

(**ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف . . فالصحيح : أنه إن كان لا مؤنة لنقله ؛ كالنقد . . فله مطالبته بالمثل**) لأنه لا ضرر علىٰ واحد منهما .

(**وإلا . . فلا مطالبة بالمثل**) ولا للغاصب تكليفه قبولَه ؛ لما فيه من الضرر (**بل يُغرِّمه قيمة بلد التلف**) إذا لم ينقل المغصوب عن موضعه ؛ قطعاً للنزاع ، **والثاني** : يطالبـه بالمثل مطلقـاً ؛ كما لو أتلف مثليّاً في وقت الرُّخْص . . له طلبه في وقت الغلاء .

(**وأما المتقوم . . فيُضمَن بأقصىٰ قيمه من الغصب إلى التلف**) لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالَب بالردِّ ، فإذا لم يردَّ . . ضمن بدله ، وتجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ، (**وفي الإتلاف بلا غصب بقيمة يوم التلف**) لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك ، وأما بعده . . فلا وجود له .

(**فإن جنىٰ وتلف بسراية . . فالواجب : الأقصىٰ أيضاً**) أي : إذا جنىٰ وحصل التلف بسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة ؛ بأن جرح بهيمة قيمتها مئة ، ثم تلفت

وَلاَ تُضْمَنُ ٱلْخَمْرُ وَلاَ تُرَاقُ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ إِلاَّ أَنْ يُظْهِرَ شُرْبَهَا أَوْ بَيْعَهَا ، وَتُرَدُّ عَلَيْهِ إِنْ بَقِيَتِ ٱلْعَيْنُ ، ....

وقيمتها خمسون . . لزمه مئة ؛ لأنا إذا اعتبرنا الأقصىٰ في اليد العادية . . فلأن يعتبر في نفس الإتلاف أولىٰ .

(**ولا تُضمَن الخمر**) ولو كانت محترمةً أو لذمي ؛ إذ لا قيمة لها ؛ كالميتة والدم ، والخنزير كالخمر ، وكذا كلُّ ما هو نجس العين ؛ كالميتة .

وسكت المصنف عن النبيذ ؛ فإنه لا يدخل في اسم الخمر عند الأكثرين ، وفي « الأحكام السلطانية » : ينهىٰ متولي الحسبة عن المجاهرة به ، ويزجر عليه ، ولا يريقه ؛ لأنه مالٌ عند الحنفية إلا أن يأمر بإراقته حاكمٌ من أهل الاجتهاد[1] .

وذكر المصنف في « الدقائق » : أن الحشيشة مسكرة[2] ؛ فعلىٰ هـٰذا يتجه إلحاقُها بالخمر .

(**ولا تُراق علىٰ ذمي**) لأنهم مقَرّون على الانتفاع بها ، كذا علله في « الكفاية »[3] (**إلا أن يُظهر شربها أو بيعها**) أو هبتها ولو من مثله ؛ لأن عقد الذمة قد جرىٰ علىٰ تقريرهم عليها ومنع إظهارهم لها .

والإظهار : هو الاطلاع عليه من غير تجسيس .

والخنزير ونحوه كالخمر ، قال الإمام : واستعمالهم الأوتار بحيث يسمعها من ليس في دارهم إظهارٌ لها[4] .

(**وتردُّ عليه إن بقيت العين**) إذا كان أخذها منه عند عدم الإظهار ؛ لما مرَّ من تقريرهم عليها ؛ فإن تلفت . . فلا ضمان ؛ لما مرَّ .

ويعلم من إيجاب الردِّ : أن المؤنة على الآخذ ، **وهو الأصحُّ** ، كما ذكراه في (باب الجزية)[5] ، **وقيل** : الواجب التخلية فقط ، وحكاه الإمام عن المحققين .

---

(١) الأحكام السلطانية (ص ٤٠٤) .

(٢) دقائق المنهاج (ص ٣٦) .

(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٤٩٥) .

(٤) نهاية المطلب (٧/ ٢٩٥) .

(٥) الشرح الكبير (١١/ ٥٣٥) ، روضة الطالبين (١٠/ ٣٢١) .

وَكَذَا ٱلْمُحْتَرَمَةُ إِذَا غُصِبَتْ مِنْ مُسْلِمٍ . وَٱلأَصْنَامُ وَآلاَتُ ٱلْمَلاَهِي لاَ يَجِبُ فِي إِبْطَالِهَا شَيْءٌ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا لاَ تُكْسَرُ ٱلْكَسْرَ ٱلْفَاحِشَ ، بَلْ تُفَصَّلُ لِتَعُودَ كَمَا قَبْلَ ٱلتَّأْلِيفِ ، فَإِنْ عَجَزَ ٱلْمُنْكِرُ عَنْ رِعَايَةِ هَـٰذَا ٱلْحَدِّ لِمَنْعِ صَاحِبِ ٱلْمُنْكَرِ . . أَبْطَلَهُ حَيْثُ تَيَسَّرَ . وَتُضْمَنُ مَنْفَعَةُ ٱلدَّارِ وَٱلْعَبْدِ وَنَحْوِهِمَا بِٱلتَّفْوِيتِ وَٱلْفَوَاتِ فِي يَدٍ عَادِيَةٍ ، وَلاَ تُضْمَنُ مَنْفَعَةُ ٱلْبُضْعِ إِلاَّ بِتَفْوِيتٍ ، . . . .

(وكذا المحترمة إذا غصبت من مسلم) لأن اتخاذ الخلِّ جائز إجماعاً ، ولا يصير العصير خلاً إلا بعد التخمر ؛ فلو أرقناها . . لتعذر اتخاذ الخلِّ .

والمحترمة ـ كما قاله الرافعي هنا ـ : هي التي عصرت من غير قصد الخمرية ، وقال في (الرهن) : هي التي عصرت بقصد الخلية[1] ، فالتي عصرت بغير قصد شيء محترمةٌ على الأول دون الثاني .

واحترز بـ(المحترمة) عن غيرها ، فإنها إذا غصبت من مسلم . . تراق ، ولا تردُّ عليه .

(والأصنام) والصلبان ، (وآلات الملاهي) كالطُّنبور (لا يجب في إبطالها شيء) لأن صنعتها محرَّمةٌ ، والمحرم لا يقابل بشيء .

(والأصحُّ : أنها لا تُكسَر الكسرَ الفاحش ، بل تُفصَّل لتعود كما قبل التأليف) لأنه إذا فصل الأجزاء كلَّها . . زال الاسم وعسر العود ؛ فكان أدعىٰ إلى الترك ، والثاني : أنها تكسر ، وترُضّ حتىٰ تنتهي إلىٰ حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منه لا الأولىٰ ولا غيرها ؛ لأنه أبلغ في الزجر عن العود .

(فإن عجز المنكر عن رعاية هـٰذا الحدِّ لمنع صاحب المنكر . . أبطله حيث تيسَّر)[2] وإن زاد علىٰ ما قلناه إذا لم يمكن بدونه ؛ لأن صاحبه مفرِّط .

(وتُضمَن منفعة الدار والعبدِ ونحوهما بالتفويت والفواتِ في يدٍ عاديةٍ) لأن المنافع مُتقوِّمةٌ ؛ فكانت مضمونةً بالغصب ؛ كالأعيان .

(ولا تُضمَن منفعة البُضْع) وهو الفرج (إلا بتفويت) بالوطء ؛ فإنه يضمنه بمهر

---

(١) الشرح الكبير (٤/٤٥٢ ، ٥/٤٨١) .

(٢) في (د) : (أبطله كيف تيسر) .

وَكَذَا مَنْفَعَةُ بَدَنِ ٱلْحُرِّ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَإِذَا نَقَصَ ٱلْمَغْصُوبُ بِغَيْرِ ٱسْتِعْمَالٍ . . وَجَبَ ٱلْأَرْشُ مَعَ ٱلْأُجْرَةِ ، وَكَذَا لَوْ نَقَصَ بِهِ ؛ بِأَنْ بَلِيَ ٱلثَّوْبُ فِي ٱلْأَصَحِّ .

فَصْلٌ

[في اختلاف المالك والغاصب]

ٱدَّعَىٰ تَلَفَهُ وَأَنْكَرَ ٱلْمَالِكُ . . صُدِّقَ ٱلْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

المثل علىٰ تفصيل فيه ، ذكره المصنف في آخر الباب[1] .

ولا تضمن بالفوات ؛ لأن اليد لا تثبت عليه بل اليد علىٰ منفعته للمرأة ؛ بدليل أن السيد يزوج أمته المغصوبة ولا يؤجرها ؛ لأن يد الغاصب حائلةٌ .

(**وكذا منفعة بدن الحرِّ في الأصحِّ**) لأن الحرَّ لا يدخل تحت اليد ؛ فمنافعه تفوت تحت يده ، **والثاني** : أنها تضمن بالفوات أيضاً ؛ لأنها تقوم في العقد الفاسد ؛ أي : في الإجارة ، فأشبهت منافع الأموال ؛ فلو أكرهه على العمل . . استحق الأجرة .

(**وإذا نَقَص المغصوب بغير استعمال**) كعمى العبد (. . **وجب الأرش مع الأجرة**) للنقص والفوات ، وتجب أجرته سليماً من الغصب إلىٰ حدوث النقص ، ومعيباً من حدوث النقص إلى الردِّ .

(**وكذا لو نَقَص به**) أي : بالاستعمال (**بأن بلي الثوبُ**) باللبس (**في الأصحِّ**) لأن كلاًّ منهما يجب ضمانُه عند الانفراد ؛ فكذا عند الاجتماع ، **والثاني** : أن الواجب أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقصان ؛ لأن النقصان نَشَأ من الاستعمال ، وقد قوبل الاستعمال بالأجرة ؛ فلا يجب له ضمان آخر ، وردَّه الرافعي : بأن الأجرة ليست في مقابلة الاستعمال ، بل في مقابلة الفوات[2] .

* * *

(**فصل : ادعىٰ تلفه وأنكر المالكُ . . صُدق الغاصب بيمينه على الصحيح**) لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البينة ؛ فيتخلد حبسه ، وهـٰذا عند إطلاقه دعوى التلف ، فإن قيَّده بسبب ظاهر . . فلا يبعد أن يُحبس حتىٰ يقيم بينةً بالتلف لإمكانه ، قاله ابن

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٩٥) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٤١٨) .

فَإِذَا حلَفَ . . غَرَّمَهُ ٱلْمَالِكُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ أَوِ ٱلثِّيَابِ ٱلَّتِي عَلَى ٱلْعَبْدِ ٱلْمَغْصُوبِ أَوْ فِي عَيْبٍ خَلْقِيٍّ . . صُدِّقَ ٱلْغَاصِبُ بِيَمِينِهِ ، وَفِي عَيْبٍ حَادِثٍ . . يُصَدَّقُ ٱلْمَالِكُ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ رَدَّهُ نَاقِصَ ٱلْقِيمَةِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ . . . .

الملقن[1] ، وهو في « الذخائر » ، كما نقله الزركشي في « الخادم » ، **والثاني** : يصدق المالك ؛ لأن الأصل بقاؤه .

(**فإذا حلف . . غرّمه المالك**) المثل أو القيمة (**في الأصحِّ**) لعجزه عن الوصول إلىٰ عين ماله بيمين الغاصب ، **والثاني** : لا ؛ لبقاء العين في زعمه .

(**ولو اختلفا في قيمته**) مع الاتفاق على الهلاك (**أو الثياب التي على العبد المغصوب**) فقال المالك : (هي لي) ، وقال الغاصب : (هي لي) ، (**أو في عيب خَلقي**) بأن قال : (ولد أكمه) ، أو (أعرج) ، أو (عديم اليد) ، وقال المالك : (كان سليماً) (. . **صدق الغاصب بيمينه**) **أما في الأولىٰ** . . فلأن الأصل براءةُ ذمته من الزيادة ، وعلى المالك البينة ، **وأما في الثانية** . . فلثبوت يده ؛ فإن العبد وما عليه في يد الغاصب .

واحترز بـ(العبد) : عما لو غصب حرّاً صغيراً ، قال في « المطلب » : ويشبه أن يتخرج علىٰ أن غاصبه هل تثبت يده علىٰ ثيابه ؟ إن قلنا نعم . . فهو المصدق ، وإلا . . صُدِّق الولي . انتهىٰ ، **والأصحُّ** في الرافعي في آخر (الباب الأول) من أبواب السرقة : أن يد غاصب الحرِّ وسارقه لا تثبت علىٰ ثيابه[2] ، **وأما في الثالثة** . . فلأن الأصل العدمُ ، ويمكن المالك البينة .

(**وفي عيب حادث**) كما إذا قال : (كان أقطع) ، أو (سارقاً) (. . **يُصدّق المالك بيمينه في الأصحِّ**) لأن الأصل والغالب السلامةُ ، **والثاني** : يصدق الغاصب ؛ لأن الأصل براءةُ ذمته .

(**ولو رده ناقصَ القيمة . . لم يلزمه شيء**) لأنه لا نقص في ذاته ولا في صفاته ، والذي فات إنما هو رَغباتُ الناس .

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٨٨٦) .
(٢) الشرح الكبير (١١/ ٢٢٠) .

وَلَوْ غَصَبَ ثَوْباً قِيمَتُهُ عَشَرَةٌ ، فَصَارَتْ بِٱلرُّخْصِ دِرْهَماً ، ثُمَّ لَبِسَهُ فَأَبْلاَهُ فَصَارَتْ نِصْفَ دِرْهَمٍ فَرَدَّهُ . . لَزِمَهُ خَمْسَةٌ ، وَهِيَ قِسْطُ ٱلتَّالِفِ مِنْ أَقْصَى ٱلْقِيَمِ . **قُلْتُ** : وَلَوْ غَصَبَ خُفَّيْنِ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةٌ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا وَرَدَّ ٱلآخَرَ وَقِيمَتُهُ دِرْهَمَانِ ، أَوْ أَتْلَفَ أَحَدَهُمَا غَصْباً ، أَوْ فِي يَدِ مَالِكِهِ . . لَزِمَهُ ثَمَانِيَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوْ حَدَثَ نَقْصٌ يَسْرِي إِلَى ٱلتَّلَفِ ؛ بِأَنْ جَعَلَ ٱلْحِنْطَةَ هَرِيسَةً . . فَكَٱلتَّالِفِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَرُدُّهُ مَعَ أَرْشِ ٱلنَّقْصِ .

(**ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فصارت بالرُّخص درهماً ، ثم لبسه فأبلاه فصارت نصف درهم فردَّه . . لزمه خمسة ، وهي قسط التالف من أقصى القيم**) لأن الناقص باللبس نصفُ القيمة ؛ فيلزمه قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف ، وهي خمسة ، والنقصان الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص ، وقد مرَّ أنه غير مضمون .

(**قلت : ولو غصب خُفين قيمتهما عشرة فتلف أحدهما وردَّ الآخر وقيمته درهمان ، أو أتلف أحدهما غصباً**) له فقط (**أو في يد مالكه . . لزمه ثمانية في الأصحِّ ، والله أعلم**) خمسة للتالف ، وثلاثة لأرش ما حصل من التفريق ؛ لأنه في الصورة الأولىٰ : فوَّت بالتلف ما يساوي الثمانيةَ ، وفي الثانية والثالثة : أتلف أحدَهما ، وأدخل النقصانَ على الباقي بتعدّيه ، وظاهره : عود الخلاف إلى الجميع ، وجزم في « الشرحين » في الأولىٰ : بالثمانية[1] ، لكن حكىٰ في « زيادة الروضة » وجهاً غريباً عن « التنبيه » و« التتمة » أنه يلزمه درهمان[2] ، وأما في الأخيرتين . . ففيهما ثلاثة أوجه : **أصحها** : ما ذكره ، **وثانيها** : يلزمه خمسة ، **وثالثها** : درهمان ، والخلاف في كلِّ فردين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر ؛ كزوجي النعل ، ومصراعي الباب .

(**ولو حدث نقص**) في المغصوب (**يسري إلى التلف ؛ بأن جعل الحنطة هَرِيسة . . فكالتالف**) لإشرافه على الهلاك ، فكأنه هلك ؛ فيغرم بدل كلِّ المغصوب من مثل أو قيمة ، (**وفي قول : يردُّه مع أرش النقص**) قياساً على العيب الذي لا يسري ، **وفي قول ثالث** : أن المالك يتخير بين موجب القولين ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، واختاره السبكي .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٤٦٩) .
(٢) روضة الطالبين (٥/٥٩) .

وَلَوْ جَنَى ٱلْمَغْصُوبُ فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ . . لَزِمَ ٱلْغَاصِبَ تَخْلِيصُهُ بِٱلْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ وَٱلْمَالِ ، فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ . . غَرَّمَهُ ٱلْمَالِكُ ، وَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ تَغْرِيمُهُ وَأَنْ يَتَعَلَّقَ بِمَا أَخَذَهُ ٱلْمَالِكُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْمَالِكُ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . . . .

وعلى الأول : هل تبقى الهَريسة للغاصب أم للمالك ؟ وجهان ، بلا ترجيح في « الشرح » و« الروضة »[1] ، لكن جزم المصنف في « نكته » بالأول ، وصححه السبكي ، وقال : لا وجه لمقابله .

واحترز بقوله : (**يسري**) عما لا سراية له ؛ فإن على الغاصب أرشَه وردَّ الباقي مطلقاً .

(**ولو جنى المغصوب فتعلق برقبته مال . . لزم الغاصب تخليصُه**) لأنه نقص في يده ، وهو مضمون عليه (**بالأقلِّ من قيمته والمالِ**) الواجب بالجناية ؛ لأن الأقلَّ إن كان هو القيمةَ . . فهو الذي دخل في ضمانه ، وإن كان هو المالَ المتعلق بالرقبة . . فهو الذي وجب .

(**فإن تلف في يده**) أي : تلف العبد الجاني في يد الغاصب (. . **غرمه المالك**) أقصى القيم من الغصب إلى التلف ؛ كسائر الأعيان المغصوبة .

(**وللمجني عليه تغريمه**) أي : تغريم الغاصب ؛ لأن جناية المغصوب مضمونةٌ عليه ، (**وأن يتعلق بما أخذه المالك**) من الغاصب بقدر حقِّه ؛ لأن حقَّه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببدلها ؛ قياساً علىٰ بدل المرهون .

(**ثم يرجع المالك على الغاصب**) بما أخذه منه المجني عليه ؛ لأن أخذه ؛ أعني : المالك لم يسلم له ، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب ، وهـٰذا أحد المواضع التي يُغرَّم فيها بدلان في متلف واحد .

ومقتضىٰ قوله : (ثم يرجع) أنه ليس للمالك مطالبة الغاصب بالأرش قبل أن يأخذ المجني عليه القيمةَ منه ، وبه صرح الإمام ؛ لاحتمال الإبراء[2] ، وقال في « المطلب » : له ذلك كما يطالب الضامن المضمون بتخليصه ، قال الإسنوي :

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٤٣٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣) .

(٢) نهاية المطلب (٧/ ٢٢٢) .

وَلَوْ رَدَّ ٱلْعَبْدَ إِلَى ٱلْمَالِكِ فَبِيعَ فِي ٱلْجِنَايَةِ . . رَجَعَ ٱلْمَالِكُ بِمَا أَخَذَهُ ٱلْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَنَقَلَ تُرَابَهَا . . أَجْبَرَهُ ٱلْمَالِكُ عَلَىٰ رَدِّهِ أَوْ رَدِّ مِثْلِهِ وَإِعَادَةِ ٱلأَرْضِ كَمَا كَانَتْ ، وَلِلنَّاقِلِ ٱلرَّدُّ وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ ٱلْمَالِكُ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ يَرُدُّهُ بِلاَ إِذْنٍ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُقَاسُ بِمَا ذَكَرْنَا حَفْرُ ٱلْبِئْرِ وَطَمُّهَا . وَإِذَا أَعَادَ ٱلأَرْضَ كَمَا كَانَتْ وَلَمْ يَبْقَ نَقْصٌ . . فَلاَ أَرْشَ ، لَـٰكِنْ . . . .

وما ذكره بحثاً وتشبيهاً إنما يقتضي المطالبة بالأداء للمجني عليه لا للمالك ، وليس كلامُ الإمام فيه .

(**ولو ردَّ العبد إلى المالك فبِيع في الجناية . . رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب**) لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه .

(**ولو غصب أرضاً فنقل ترابَها . . أجبره المالك علىٰ ردِّه**) إن كان باقياً (**أو ردِّ مثله**) إن كان تالفاً ؛ لأن التراب مثليٌّ كما مرَّ .

وصورة المسألة : ما إذا كشط التراب عن وجه الأرض ؛ فإن أخذه من مكان واحد بحيث صار مكانه حفرة . . فقد ذكره المصنف بعد ذلك .

(**وإعادةِ الأرض كما كانت**) من انبساط أو ارتفاع أو انخفاض ؛ لإمكان ذلك ، (**وللناقل الردُّ وإن لم يطالبه المالك إن كان له فيه غرض**) بأن كان قد نقل التراب إلىٰ ملك غيره ، أو حصل في الأرض نقص يزول بالردِّ ؛ لدفع الضرر عنه .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن له فيه غرض ؛ بأن نقله إلىٰ موات (. . **فلا يردُّه بلا إذن في الأصحِّ**) لأنه تصرف في ملك غيره علىٰ وجه الإتعاب بلا نفع ، وذلك سفهٌ ، **والثاني** : له ردُّه ؛ لأنه ردُّ ملكه إلىٰ محله .

ومحلُّ الخلاف : إذا لم يمنعه المالك من الردِّ ؛ فإن منعه . . لم يردَّ جزماً .

(**ويقاس بما ذكرنا حفرُ البئر وطَمُّها**) فله الطَّمُّ بترابه إن كان باقياً ، وكذا بمثله إن كان تالفاً **على الأصحِّ** ، ثم إن أمره المالك بالطَّمِّ . . لزمه ، وإلا ؛ فإن كان له فيه غرض . . استقلَّ به ، وإلا . . فلا **في الأصحِّ** ، ومن الغرض هنا دفع ضمان التردي ، فإن منعه المالك وقال : (رضيت باستدامة البئر) . . امتنع عليه الطَّمُّ **في الأصحِّ** .

(**وإذا أعاد الأرض كما كانت ولم يبق نقص . . فلا أرش**) لعدم الموجب له (**لكن**

عَلَيْهِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ لِمُدَّةِ ٱلْإِعَادَةِ ، وَإِنْ بَقِيَ نَقْصٌ . . وَجَبَ أَرْشُهُ مَعَهَا . وَلَوْ غَصَبَ زَيْتاً وَنَحْوَهُ وَأَغْلَاهُ فَنَقَصَتْ عَيْنُهُ دُونَ قِيمَتِهِ . . رَدَّهُ وَلَزِمَهُ مِثْلُ ٱلذَّاهِبِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَإِنْ نَقَصَتِ ٱلْقِيمَةُ فَقَطْ . . لَزِمَهُ ٱلْأَرْشُ ، وَإِنْ نَقَصَتَا . . غَرِمَ ٱلذَّاهِبَ وَرَدَّ ٱلْبَاقِيَ مَعَ أَرْشِهِ إِنْ كَانَ نَقْصُ ٱلْقِيمَةِ أَكْثَرَ . . . .

عليه أجرةُ المثل لمدة الإعادة) لأنه فوّتها بسبب هو فيه متعدٍّ ، وعبارة « الشرح » و« الروضة » لمدة الحفر والإعادة[١] ، قال السبكي : وهـٰذه أزيد فائدة .

(**وإن بقي نقصٌ . . وجب أرشُه معها**) أي : مع الأجرة ؛ لاختلاف سببهما .

(**ولو غصب زيتاً ونحوه**) من الأدهان ؛ كالسَّيْرج[٢] (**وأغلاه فنقصت عينهُ دون قيمته**) بأن غصب صاعاً قيمته درهمٌ فصار إلىٰ نصف صاع قيمته درهم (. . **ردَّه ولزمه مثل الذاهب في الأصحِّ**) لأن له بدلاً مقدراً ، وهو المثل ، فأوجبناه وإن زادت القيمة ، كما لو خصى العبد فزادت قيمته ؛ فإنه يضمن قيمته **على الجديد** ، والزيادة الحاصلة أثر محض لا ينجبر به النقصان ، **والثاني** : يردُّه ، ولا شيء عليه ؛ إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل بسبب واحد ؛ فينجبر النقصان بالزيادة .

(**وإن نقصت القيمة فقط . . لزمه الأرش**) قياساً علىٰ غيره .

(**وإن نقصتا . . غرم الذاهبَ وردَّ الباقي مع أرشه إن كان نقصُ القيمة أكثر**) مما نقص من العين ؛ كرطلين قيمتهما درهمان صارا بالإغلاء رطلاً قيمته نصف درهم ؛ فيردُّ الباقي ويردُّ معه رطلاً ونصف درهم ، فإن لم يكن نقص القيمة أكثر بألا يحصل في الباقي نقص فيغرم الذاهب ولا أرش للباقي .

وترك المصنف قسماً رابعاً ؛ لوضوحه ، وهو : ما إذا لم تنقص عينه ولا قيمته ؛ فيردُّه ولا شيء عليه .

ولو غصب عصيراً وأغلاه . . فقيل : هو كالزيت ؛ فيضمن مثلَ الذاهب وإن لم تنقص قيمته **في الأصحِّ** ، **والأصحُّ** : أنه لا يضمن المثلَ والحالةُ هـٰذه ؛ لأن الذاهب مائيتُه ، والذاهبَ من الزيت زيت .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٤٤٧) ، روضة الطالبين (٥/ ٤١) .

(٢) في (د) : (الشَّيْرَج) بالشين ، وكلاهما صحيح .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلسِّمَنَ لاَ يَجْبُرُ نَقْصَ هُزَالٍ قَبْلَهُ ، وَأَنَّ تَذَكُّرَ صَنْعَةٍ نَسِيَهَا يَجْبُرُ ٱلنِّسْيَانَ . وَتَعَلُّمُ صَنْعَةٍ لاَ يَجْبُرُ نِسْيَانَ أُخْرَىٰ قَطْعاً . وَلَوْ غَصَبَ عَصِيراً فَتَخَمَّرَ ثُمَّ تَخَلَّلَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْخَلَّ لِلْمَالِكِ ، وَعَلَى ٱلْغَاصِبِ ٱلأَرْشُ إِنْ كَانَ ٱلْخَلُّ أَنْقَصَ قِيمَةً . . . .

(**والأصحُّ : أن السِّمن لا يَجبُر نقصَ هُزالٍ قبله**) مثاله : غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت ؛ فإنه يردُّها وأرش السمن الأول ؛ لأن الثاني غيرُ الأول ، **والثاني** : يجبر ؛ كما لو جنىٰ علىٰ عين . . فابيضت ، وزال البياض .

وأشار بقوله : (نقص) إلىٰ أن السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله . . غير مضمون ، وهو كذلك ، فلو انعكس الحال ؛ بأن سمنت المعتدلة عند الغاصب سمناً مفرطاً فنقصت القيمة . . ردَّها ولا شيء عليه ؛ لأنها لم تنقص حقيقةً ولا عرفاً ، كذا نقله في « الكفاية » عن أبي الطيب ، وأقره[1] ، وقاله سليم في « المجرد » أيضاً ، قال الإسنوي والمنكت : (**وفيه نظر**)[2] .

(**وأن تذكر صَنعةٍ نسيها يَجبر النسيان**) أي : فيما إذا غصبه وهو يحسن صَنعة ، فنسيها ثم تذكرها ، أو تعلمها ؛ لأن العائد هو الأول ، والسمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة ، **والثاني** : لا يجبر ؛ كالسمن .

وقضية إطلاقه : أن التذكر في يد المالك يكون جائزاً أيضاً حتىٰ يستردَّ ما دفع من الأرش ، قال في « المطلب » : وهو الذي يظهر[3] .

(**وتعلم صَنعة لا يَجبر نسيانَ أخرىٰ قطعاً**) وإن كانت أرفع من الأولىٰ ؛ لاختلاف الأغراض .

(**ولو غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل . . فالأصحُّ : أن الخلَّ للمالك**) لأنه عين ماله ، وإنما انتقل من صفة إلىٰ صفة ، (**وعلى الغاصب الأرش إن كان الخلُّ أنقصَ قيمةً**) من العصير ؛ لحصوله تحت يده ، فإن لم تنقص قيمتُه . . اقتصر عليه ،

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٤٥٢) .

(٢) السراج (٤/ ١٤٦) .

(٣) وقع في « الكفاية » : ولو تذكر في يد الغاصب . . فالذي يظهر الجبر ، وأورده في « العجالة » [٢/ ٨٩٠] هـٰكذا ، وأقره ، وهو سبق قلم ؛ فإن التذكر في يد الغاصب هي مسألة الكتاب . اهـ هامش (أ) .

وَلَوْ غَصَبَ خَمْراً فَتَخَلَّلَتْ ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَغَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْخَلَّ وَٱلْجِلْدَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ .

فَصْلٌ

[فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال]

زِيَادَةُ ٱلْمَغْصُوبِ إِنْ كَانَتْ أَثَراً مَحْضاً كَقِصَارَةٍ . . فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ بِسَبَبِهَا ، وَلِلْمَالِكِ تَكْلِيفُهُ رَدَّهُ كَمَا كَانَ إِنْ أَمْكَنَ ، وَأَرْشَ ٱلنَّقْصِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَيْناً ؛ كَبِنَاءٍ وَغِرَاسٍ . . كُلِّفَ ٱلْقَلْعَ . . . .

والثاني : يغرم مثل العصير ، والخلُّ للمالك ؛ لأن العصير قد لزمه بالتخمير ، والتخليل الواقع بعده نعمة جديدة ؛ فيكون المالك أولىٰ بذلك ؛ لأنه فرعُ ملكه .

(**ولو غصب خمراً فتخللت ، أو جِلْد ميتة فدبغه . . فالأصحُّ : أن الخلَّ والجلد للمغصوب منه**) لأنهما فرعا ملكه ، فإن تلفا في يده . . غرمهما ، **والثاني** : أنهما للغاصب ؛ لحصولهما عنده مما ليس بمال ، **والثالث** : الخلُّ للمالك دون الجلد ؛ لأنه صار مالاً بفعله ، **والرابع** : عكسه ؛ لأن جلد الميتة يُقتنىٰ بخلاف الخمر .

واحترز بقوله : (غصب) عما لو أعرض المالك عنهما ؛ بأن أراق الخمر أو ألقى الشاة الميتة فأخذها شخص . . **فالأصحُّ** في « زيادة الروضة » هنا ، وفي « أصلها » في باب (الصيد والذبائح) أنه لا يسترد[1] .

* * *

(**فصل : زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً ؛ كقصارة . . فلا شيء للغاصب بسببها**) لتعديه ، بخلاف المفلس فإنه يكون شريكاً ؛ لعدم تعديه .

(**وللمالك تكليفه ردَّه كما كان إن أمكن**) كردِّ اللَّبِن طيناً ، والدراهم سبائك ؛ لتعديه بفعله ، فإن لم يمكن كما في القصارة . . فلا يكلف ذلك ، بل يردُّه بحاله ، (**وأرشَ النقص**) إذا ردَّه ناقصاً عما كان حالَ الغصب ؛ لأنه نشأ مما فعله متعدياً .

(**وإن كانت عيناً ؛ كبناء وغراس . . كُلِّف القلع**) وأرش ما نقص ؛ لأنه عرق ظالم .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٤٢) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٥) .

وَإِنْ صَبَغَ ٱلثَّوْبَ بِصِبْغِهِ وَأَمْكَنَ فَصْلُهُ . . أُجْبِرَ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ ؛ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ . . فَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ فِيهِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ . . لَزِمَهُ ٱلأَرْشُ ، وَإِنْ زَادَتْ . . ٱشْتَرَكَا فِيهِ . . . .

(**وإن صبغ الثوب بصِبغه وأمكن فصلُه**) بأن كان الصبغ غير معقود (. . **أجبر عليه في الأصحِّ**) قياساً على البناء والغراس ، **والثاني** : لا ؛ لما فيه من ضرر الغاصب ، بخلاف الغراس فإنه لا يضيع بالإخراج .

ومحل الأول : إذا حصل من الصبغ عينٌ ، فلو كان تمويهاً محضاً . . لم يجبر **على الأصحِّ في « أصل الروضة »**[1] .

(**وإن لم يمكن**) الفصل ؛ بأن كان الصبغ معقوداً (**فإن لم تزد قيمتُه**) ولم تنقص بأن كانت قيمةُ الثوب عشرة ، والصبغ أيضاً يساوي عشرة ، فصارت قيمتُه بعد الصبغ عشرة ، لا لانخفاض سوق الثياب ، بل لأجل الصبغ (. . **فلا شيء للغاصب فيه**) لأن صبغه كالمنمحق والحالةُ هـٰذه .

(**وإن نقصت**) قيمته ؛ بأن صار يساوي خمسة (. . **لزمه الأرش**) لأن ذلك حصل بفعله .

(**وإن زادت . . اشتركا فيه**) هـٰذا بصبغه ، وهـٰذا بثوبه ، فإن لم ينقص عن العشرين في مثالنا السابق . . فهو بينهما نصفين ، سواء زادت عليها أم لا ، وإن نقصت . . حُسب النقصان علىٰ صاحب الصبغ ؛ لتفريطه ، فلو ساوىٰ خمسة عشر مثلاً . . كان بينهما أثلاثاً أيضاً ، وقد أطلق الجمهور المسألة .

وفي « تعليق » القاضي أبي الطيب ، والبَنْدَنيجي ، وسليم ، والقاضي الحسين ، و« الشامل » ، و« التتمة » : إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب . . فالنقص محسوبٌ على الثوب ، أو سعر الصبغ أو الصنعة . . فعلى الصبغ ، وإن زاد سعر أحدهما . . فالزيادة له ، أو بسبب الصنعة . . فهي بينهما ؛ لأن كلَّ واحد منهما قد زاد بالصنعة ، والزيادة إذا كانت أثراً تسلم للمغصوب منه ، قال الرافعي : ويمكن تنزيل

---

(١) روضة الطالبين (٥/٤٧) .

وَلَوْ خَلَطَ ٱلْمَغْصُوبَ بِغَيْرِهِ وَأَمْكَنَ ٱلتَّمْيِيزُ . . لَزِمَهُ وَإِنْ شَقَّ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَٱلتَّالِفِ فَلَهُ تَغْرِيمُهُ ، وَلِلْغَاصِبِ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ غَيْرِ ٱلْمَخْلُوطِ . وَلَوْ غَصَبَ خَشَبَةً وَبَنَىٰ عَلَيْهَا . . أُخْرِجَتْ ، وَلَوْ أَدْرَجَهَا فِي سَفِينَةٍ . . فَكَذَٰلِكَ إِلاَّ أَنْ . . . .

إطلاق مَنْ أطلق علىٰ هـٰذا التفصيل[1] .

(**ولو خلط المغصوب بغيره وأمكن التمييز . . لزمه وإن شقَّ**) سواء خلط بالجنس أو بغيره ؛ لإمكان ردِّ عين ما أخذ ، فإن لم يمكن تمييز جميعه . . وجب تمييز ما أمكن ، قاله في « الشامل » .

(**فإن تعذر**) كأن خلط الزيت بالزيت (. . **فالمذهب : أنه كالتالف ، فله تغريمه**) سواء خلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ ؛ لأنه لمَّا تعذر ردُّه أبداً . . أشبه التالف ، **والثاني** : أنهما يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقِّه منه ؛ قياساً علىٰ مسألة الصبغ .

والطريق الثاني : القطع بالأول ، **والثالث** : إن خلط بمثله . . اشتركا ، وإلا . . فكالهالك .

وكلامه يشمل : ما لو خلطه بغير جنسه ؛ كزيت بشَيْرَج ، وفيه الطريقان ، لكنه أولىٰ ؛ لكونه كالهالك .

(**وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط**) لأن الحقَّ قد انتقل إلى الذمة ؛ إذ التفريع علىٰ قول الهلاك .

(**ولو غصب خشبةً وبنىٰ عليها . . أُخرجت**) ولو تلف على الغاصب بسببه أضعاف قيمته لتعديه .

هـٰذا إذا لم تعفن ، فإن عفنت . . فهي كالهالكة ؛ فلا تنزع ، قال الشيخ برهان الدين الفزاري : **المراد بعفنها** : أن تبقىٰ بحيث لو أخرجت . . لم تكن لها قيمة .

وحكم الآجرِّ واللَّبِن والجص : حكم الخشبة ، فلو قال : (غصب شيئاً) . . لكان أعمَّ .

(**ولو أدرجها في سفينة . . فكذلك**) أي : أنها تخرج إن لم تعفن ؛ لما مرَّ (**إلا أن**

---

(١) الشرح الكبير (٥/٤٥٧) .

يَخَافَ تَلَفَ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ مَعْصُومَيْنِ . وَلَوْ وَطِئَ ٱلْمَغْصُوبَةَ عَالِماً بِٱلتَّحْرِيمِ . . حُدَّ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَلاَ حَدَّ ، وَفِي ٱلْحَالَيْنِ يَجِبُ ٱلْمَهْرُ إِلاَّ أَنْ تُطَاوِعَهُ فَلاَ يَجِبُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَعَلَيْهَا ٱلْحَدُّ إِنْ عَلِمَتْ . وَوَطْءُ ٱلْمُشْتَرِي مِنَ ٱلْغَاصِبِ كَوَطْئِهِ فِي ٱلْحَدِّ وَٱلْمَهْرِ ، . . .

يخاف تَلَف نفسٍ أو مالٍ معصومين) بأن كانت في لُجَّة البحر والخشبة في أسفلها ؛ لحرمتهما وله أمد ينتظر .

وله المطالبة بالقيمة للحيلولة .

ولم يقيدا في « الشرح » و« الروضة » المال بالمعصوم[1] ، وكأن المصنف احترز به عن مال الحربي[2] ، وأما مال الغاصب . . ففيه خلاف ، **والأصحُّ** في « زيادة الروضة » : أنها لا تنزع[3] .

(**ولو وطيء المغصوبة عالماً بالتحريم . . حُدَّ**) لأنه زناً ، سواء كانت عالمة أو جاهلة ، (**وإن جهل**) تحريم الوطء ؛ لجهله بتحريم الزنا مطلقاً ، أو لتوهم حلِّها لدخولها بالغصب في ضمانه ، وقبلنا قوله ؛ بأن قرب عهده بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة عن المسلمين (. . **فلا حدَّ**) للشبهة .

(**وفي الحالين**) أي : حالي علمه وجهله (**يجب المهر**) لأنها ليست زانيةً والحالةُ هـٰذه ، (**إلا أن تطاوعه فلا يجب على الصحيح**) لأنها زانية ، وقد نهي عن مهر البغي[4] ، وهي الزانية ، **والثاني** : يجب ؛ لأنه للسيد فلا تؤثر طواعيتُها فيه .

وأجاب الأول : بأن المهر وإن كان للسيد . . فقد عهدنا أنه يتأثر بفعلها ؛ بدليل ما لو ارتدت قبل الدخول .

(**وعليها الحدُّ إن علمت**) التحريم لزناها ، فإن جهلت . . فلا ، ولم يتعرض لأرش البكارة ، **وفيه اضطرابٌ** نذكره في (كتاب الديات) إن شاء الله تعالىٰ .

(**ووطء المشتري من الغاصب كوطئه**) أي : كوطء الغاصب (**في الحدِّ والمهر**)

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٤٦٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٥٥) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٥٦) .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٥٥) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه .

فَإِنْ غَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَإِنْ أَحْبَلَ عَالِماً بِٱلتَّحْرِيمِ . . فَٱلْوَلَدُ رَقِيقٌ غَيْرُ نَسِيبٍ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَحُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ ٱلِانْفِصَالِ ، وَيَرْجِعُ بِهَا ٱلْمُشْتَرِي عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَلَوْ تَلِفَ ٱلْمَغْصُوبُ عِنْدَ ٱلْمُشْتَرِي وَغَرِمَهُ . . لَمْ يَرْجِعْ ، . .

لاشتراكهما في وضع أيديهما علىٰ مال الغير بغير حقٍّ ، فيعود ما ذكرناه في حالتي العلم والجهل ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبةً أيضاً ؛ فتقبل دعواه من غير اشتراط قرب عهده بالإسلام ، وكونه نشأ ببادية بعيدة .

(**فإن غرمه**) أي : غرم المالك المشتري المهر (. . **لم يرجع به**) المشتري (**على الغاصب في الأظهر**) لأنه قد انتفع ، وباشر الإتلاف ، **والثاني** : يرجع إذا جهل الغصب ؛ لأنه لم يدخل في العقد علىٰ ضمانه ، فيرجع به علىٰ من غرّه ، وهو البائع .

وأجري هـٰذا الخلاف في أرش البكارة أيضاً ، قال الرافعي : وعدم الرجوع به أظهر ؛ لأنه بدل جزء منها أتلفه ، فأشبه ما لو قطع عضواً من أعضائها[1] .

(**وإن أحبل**) المشتري منه (**عالماً بالتحريم . . فالولد رقيق غير نسيب**) لأنه زناً ، (**وإن جهل . . فحرٌّ نسيبٌ**) للشبهة ، **والمشهور** ـ كما قال في « المطلب » ـ : أنه انعقد حرّاً لا رقيقاً ، ثم عُتق .

(**وعليه قيمته**) بتقدير رقِّه ، لتفويته رقَّه بظنه (**يوم الانفصال**) لأن التقويم قبله غيرُ ممكن .

هـٰذا إن انفصل حيّاً ، فإن انفصل ميتاً بجناية . . فعلى الجاني الغرَّة ، وعليه عشر قيمة الأم للمالك ؛ لأنا نقدره رقيقاً في حقِّه ، وإن انفصل ميتاً بغير جناية . . **فالمشهور** : عدم ضمانه ؛ لعدم تيقن حياته .

(**ويرجع بها**) أي : بالقيمة (**المشتري على الغاصب**) لأن الشراء لم يوجب ضمانه ، لأن مقتضاه : أن يسلم له الولد حرّاً من غير غرامة .

(**ولو تلف المغصوب عند المشتري وغرمه . . لم يرجع**) به عالماً كان أو جاهلاً ؛ لأن المبيع بعد القبض من ضمان المشتري ، فلما أقدم على الشراء . . وطن نفسه علىٰ أنه من ضمانه .

---

(١) الشرح الكبير (٥/ ٤٧٨) .

وَكَذَا لَوْ تَعَيَّبَ عِنْدَهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلاَ يَرْجِعُ بِغُرْمِ مَنْفَعَةٍ ٱسْتَوْفَاهَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيَرْجِعُ بِغُرْمِ مَا تَلِفَ عِنْدَهُ وَبِأَرْشِ نَقْصِ بِنَائِهِ وَغِرَاسِهِ إِذَا نُقِضَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ غَرِمَهُ ٱلْمُشْتَرِي رَجَعَ بِهِ لَوْ غَرِمَهُ ٱلْغَاصِبُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي ، . . . .

(**وكذا لو تعيب عنده في الأظهر**) تسويةً بين الجملة والأجزاء ، **والثاني** : يرجع ؛ لأن العقد يوجب ضمانَ الجملة ولا يوجب ضمانَ الأجزاء على الانفراد ؛ بدليل أن المبيع لو تعيَّب قبل القبض . . لم يكن له استرداد ما يقابله ، بل إمَّا أن يرضىٰ به معيباً أو يفسخ ، ولو تلف . . لكان يستردُّ كلَّ الثمن .

ومحلُّ الخلاف : إذا تعيب لا بفعل المشتري ، فإن كان بفعله . . فلا يرجع قطعاً .

(**ولا يرجع بغُرمِ منفعة ٱستوفاها**) كالسكنىٰ والركوب واللبس (**في الأظهر**) هما القولان في المهر ، وقد مرَّ توجيههما .

(**ويرجع بغُرم ما تلف عنده وبأرش نقص بنائه وغراسه إذا نُقِض في الأصحِّ**) في المسألتين : **أما الأولىٰ** : وهي منافع المغصوب إذا تلفت تحت يد المشتري ولم يستوفها . . فيضمنها للمالك بأجرة مثلها ، وهل يرجع بها على الغاصب ؟ **فيه وجهان** : **أحدهما** : لا ؛ تنزيلاً للتالف تحت يده منزلةَ الإتلاف ، **وأصحهما** : نعم ؛ لأنه لم يتلف ، ولا شرع في العقد علىٰ أن يضمنه .

وأما الثانية : وهي ما إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المغصوبة ، ثم نقض المالك بناءه وغراسه ، فهل يرجع بأرش النقصان على الغاصب ؟ **فيه وجهان** : **والأصح** : الرجوع ؛ لأنه قد شرع في العقد علىٰ ظن السلامة فيرجع علىٰ من غرَّه ، وهو الغاصب ، **ووجه مقابله** : القياس علىٰ عدم الرجوع بما أنفق على العمارة ، وكأنه بالبناء متلف ماله .

وثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة ، قاله المتولي ، قال السبكي : ويمكن إدخاله في كلام المصنف ، ولولا أنه شامل لذلك . . لقال : (ما فات) لأنها العبارة المستعملة في المنفعة .

(**وكلُّ ما لو غرمه المشتري رجع به**) على الغاصب ؛ كقيمة الولد وأجرة المنافع الفائتة تحت يده (**لو غرمه الغاصب**) للمالك (. . **لم يرجع به على المشتري**) لأن

وَمَا لاَ . . فَيَرْجِعُ . **قُلْتُ** : وَكُلُّ مَنِ ٱنْبَنَتْ يَدُهُ عَلَىٰ يَدِ ٱلْغَاصِبِ فَكَٱلْمُشْتَرِي ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

القرار عليه لا على المشتري ، والرجوع علىٰ من عليه القرار .

(**وما لا . . فيرجع**) أي : وكلُّ ما لو غرمه المشتري . . لكان لا يرجع به على الغاصب ؛ كقيمة المنافع التي استوفاها ، فإذا غرمه الغاصب . . رجع به على المشتري ؛ لأن القرار عليه .

(**قلت : وكلُّ من انبنت يده علىٰ يد الغاصب فكالمشتري ، والله أعلم**) أي : في الضابط المذكور في الرجوع وعدمه ، وليس المراد : أنه كالمشتري في جميع ما سبق .

وقوله : (انبنت) هو بألف ثم نون ثم باء موحدة ثم نون ثم تاء مثناة من فوق ، كذا ضبطه المصنف بخطه .

* * *

كِتَابُ الشُّفْعَة

لاَ تَثْبُتُ فِي مَنْقُولٍ ، بَلْ فِي أَرْضٍ وَمَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَشَجَرٍ تبَعاً ، . . . .

(كتاب الشفعة)

هي بإسكان الفاء : عبارة عن حقِّ تملُّكٍ قهريٍّ ، يثبت للشريك القديم على الحادث بسبب الشركة بالعوض الذي تملك به ؛ لدفع ضرر مؤنة القسمة ، واستحداثِ المرافق وغيرها ، **وقيل** : ضررِ سوء المشاركة .

مشتقة من الشَّفع ؛ تقول : شفعت الشيء بكذا : إذا جعلته شفعاً ، فكأنَّ الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه ، **وقيل** : من الشفاعة ؛ لأن الأخذ في الجاهلية كان بها .

والأصل فيها قبل الإجماع : أحاديث ؛ منها : حديث جابر رضي الله عنه : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كلِّ ما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطرق . . فلا شفعة) رواه البخاري[1] .

وذكرت الشفعة عقب الغصب ؛ لأنها تؤخذ قهراً ، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .

(**لا تثبت في منقول**) كالثياب والحيوان وغيرهما ؛ لأن العقار يدوم ، فيتأبد ضرر المشاركة فيه ، بخلاف المنقول .

(**بل في أرض وما فيها من بناء**) وما يتبعه من أبواب ونحوها ، (**وشجرٍ تبعاً**) لحديث جابر : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كلِّ شركة لم تُقسم رَبعةٍ ، أو حائط ولا يحلُّ له أن يبيع حتىٰ يُؤذن شريكَه ، فإن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك ، فإذا باع ولم يُؤذنه . . فهو أحقُّ به) رواه مسلم[2] .

والرَّبْعة : المنزل الذي يَرْبَع به الإنسان ، ويتوطنه ، تأنيث رَبْع ، **والحائط** : البستان بغراسه .

---

(١) صحيح البخاري (٢٢١٤) .
(٢) صحيح مسلم (١٦٠٨/١٣٤) .

وَكَذَا ثَمَرٌ لَمْ يُؤَبَّرْ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلاَ شُفْعَةَ فِي حُجْرَةٍ بُنِيَتْ عَلَىٰ سَقْفٍ غَيْرِ مُشْتَرَكٍ ، وَكَذَا مُشْتَرَكٌ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَكُلُّ مَا لَوْ قُسِمَ بَطَلَتْ مَنْفَعَتُهُ ٱلْمَقْصُودَةُ ؛ كَحَمَّامٍ وَرَحَىً . . لاَ شُفْعَةَ فِيهِ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

واحترز بقوله : (تبعاً) عمَّا إذا باع أرضاً فيها شجرةٌ جافةٌ شرطا دخولها في البيع ، فإنها لا تؤخذ بالشفعة ؛ لأنها لم تدخل بالبيع ، بل بالشرط .

وما إذا باع البناء والشجر وحده ، والأرض محكرة مثلاً . . فلا شفعة **في الأصحِّ** ؛ لأنهما في حكم المنقول .

(**وكذا ثمر لم يؤبر في الأصحِّ**) لأنه يتبعه في البيع ؛ فكذا في الأخذ ، **والثاني** : أنها كالمؤبرة ؛ لأنها منقولةٌ .

فعلى الأول : لو تأخر الأخذ لغيبة الشفيع حتىٰ أبرت . . **فالأصحُّ** : أنه يأخذها ؛ لتقدم حقِّه ، وزيادتها كزيادة الشجرة .

واحترز بقوله : (لم يؤبر) عما إذا كان مؤبراً عند البيع ودخل بالشرط . . فإنه لا شفعة فيها ؛ لأنها لا تدوم في الأرض ؛ فيأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ، هـٰذا كلُّه إذا بيعت الأشجار مع البياض الذي يتخللها ، أو بيع البستان كلُّه .

أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط ، أو الجدار مع الأُسِّ . . فلا شفعة **على الأصحِّ** ؛ لأن الأرض تابعةٌ هـٰهنا ، والمتبوع منقول .

(**ولا شفعة في حجرة بنيت علىٰ سقف غير مشترك**) بأن بنيا علىٰ سقف لثالث أو لأحدهما ثم يبيع أحدهما نصيبه منها . . فلا شفعة ؛ لأنه لا أرض لها ولا ثبات ، فهي كالمنقولات .

(**وكذا مشترك في الأصحِّ**) لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له أيضاً ، وما لا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه ، **والثاني** : نعم ؛ لحصول الشركة في أرض الحجرة وجدرانها .

(**وكلُّ ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة ؛ كحمام ورَحَىً**) صغيرين لا يجيء منهما حمامان وطاحونان ، كما ذكره في (القسمة) (. . **لا شفعة فيه في الأصحِّ**) الخلاف مبني علىٰ ثبوتها في المنقسم هل هو لدفع ضرر مؤنة القسمة أو لسوء

وَلاَ شُفْعَةَ إِلاَّ لِشَرِيكٍ ، وَلَوْ بَاعَ دَاراً وَلَهُ شَرِيكٌ فِي مَمَرِّهَا . . فَلاَ شُفْعَةَ لَهُ فِيهَا ، وَٱلصَّحِيحُ : ثُبُوتُهَا فِي ٱلْمَمَرِّ إِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي طَرِيقٌ آخَرُ إِلَى ٱلدَّارِ ، أَوْ أَمْكَنَ فَتْحُ بَابٍ إِلَىٰ شَارِعٍ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

المشاركة ؟ **فعلى الأول ـ وهو الأصح ـ** : لا شفعة فيها ؛ لأنها لا تقبل القسمة ، **وعلى الثاني** : نعم .

وعبر في « المحرر » (بالطاحونة)[1] بدل (الرحىٰ) ، قال المنكت : **وهو أحسن**[2] ؛ لأن الرحىٰ يطلق على الحجر ، **والمراد هنا** : المكان دون الحجر ؛ فإنه منقول ، وإنما ثبتت فيه الشفعة تبعاً للمكان ؛ **فالمراد** : المكان المعدُّ للطحن .

(**ولا شفعة إلا لشريك**) فلا تثبت للجار ؛ للحديث السالف : (الشفعة فيما لم يُقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق . . فلا شفعة)[3] .

والأحاديث الواردة في شفعة الجار محمولةٌ على **الشريك** ؛ جمعاً بين الأخبار .

وخرج بـ(الشريك) : مالك المنفعة ؛ فلا شفعة له .

(**ولو باع داراً**) في درب غير نافذ (**وله شريك في ممرها . . فلا شفعة له فيها**) لأنه لا شركة له في الدار ؛ فأشبه ما لو باع عقاراً غير مشترك ، وشقصاً مشتركاً .

(**والصحيح : ثبوتها في الممرِّ إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكن فتح باب إلىٰ شارع ، وإلا . . فلا**) لأنه لا ضرر على المشتري في الأخذ منه إذا أمكنه المرور من موضع آخر ، بخلاف ما إذا لم يمكن .

والشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، وهـٰذا إذا كان قابلاً للقسمة ، وإلا . . فعلى الخلاف في غير المنقسم .

والثاني : أنها تثبت وإن تعذر المرور ؛ لأن المشتري هو الذي أضرَّ نفسه حيث اشترىٰ مثلَ هـٰذه الدار ، **والثالث** : لا تثبت وإن أمكن المرور إذا كان في اتحاد الممر عسرٌ أو مؤنة لها وقع ؛ لأنَّ فيه ضرراً ظاهراً .

---

(١) المحرر (ص ٢١٧) .
(٢) السراج (١٥٩/٤) .
(٣) في (ص ٣٤٩) .

وَإِنَّمَا تَثْبُتُ فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ مِلْكاً لاَزِماً مُتَأَخِّراً عَنْ مِلْكِ ٱلشَّفِيعِ ؛ كَمَبِيعٍ ، وَمَهْرٍ ، وَعِوَضِ خُلْعٍ وَصُلْحِ دَمٍ وَنُجُومٍ ، وَأُجْرَةٍ ، وَرَأْسِ مَالِ سَلَمٍ . . . .

(**وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضةٍ ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع ؛ كمبيع ومهر ، وعوضِ خُلع وصلحِ دمٍ ونجوم ، وأجرة ، ورأس مالِ سلمٍ**) ونحو ذلك ؛ كالمتعة والجعل بعد الفراغ ؛ أما في البيع . . فبالنصِّ ، والباقي بالقياس عليه بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر المتقدم ، وسيأتي في كلامه ما احترز عنه بالمملوك واللازم والمتأخر عن ملك الشفيع .

واحترز بالمعاوضة : عن المملوك بالإرث والهبة والوصية ؛ أما الوارث . . فلأنه مقهورٌ لا اختيار له ؛ فلم يضر بالشريك ، بخلاف المشتري ؛ فإنه كان من حقِّه ألا يدخل على الشريك ضرراً ، فلمَّا لم يفعل . . سلط الشريك عليه ، وأما المُتَّهِبُ والموصىٰ له . . فلأنهما قد تقلدا المنة من الواهب ، فلو جوزنا للشريك الأخذ . . لكان يأخذ عن استحقاقٍ وتسلط ؛ فلا يكون متقلداً للمنة ، ووضع الشفعة علىٰ أن يأخذ الشفيع بما أخذ به المُتملِّك .

نعم ؛ لو شرط الثواب في الهبة ، أو لم يشرط ، وقلنا : يقتضيه . . **فالأصحُّ** : أنه يؤخذ ولو قبل القبض **في الأصحِّ** ؛ لأنه صار بيعاً ؛ نظراً للمعنىٰ .

وقوله : (وصلح دم) أي : عوض الصلح عن الدم ، وذلك حيث كانت الجناية عمداً ، فإن كانت خطأً . . فالواجب فيها : إنما هو الإبل ، والمصالحةُ عنها باطلةٌ **على الصحيح** ؛ لجهالة صفاتها .

وقوله : (ونجوم) أي : والعوض الذي صالح عن النجوم عليه ، وهـٰذا بناءً علىٰ صحة الاعتياض عنها ، وهو وجهٌ نصَّ عليه في « الأم » ، **والصحيح** : المنع .

ويعلم من أمثلة المصنف : أنه لا فرق في المعاوضة بين المحضة ؛ كالبيع ، وبين غيرها ؛ كالمهر ، وعوض الخلع والدم .

وتفسير الأَذْرَعي وابن الملقن المعاوضةَ في كلام المصنف بالمحضة . . ليس بصواب[1] .

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٩٠٠) .

وَلَوْ شُرِطَ فِي ٱلْبَيْعِ ٱلْخِيَارُ لَهُمَا أَوْ لِلْبَائِعِ . . لَمْ يُؤْخَذْ بِٱلشُّفْعَةِ حَتَّىٰ يَنْقَطِعَ ٱلْخِيَارُ ، وَإِنْ شُرِطَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُؤْخَذُ إِنْ قُلْنَا : ٱلْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَلَوْ وَجَدَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلشِّقْصِ عَيْباً وَأَرَادَ رَدَّهُ بِٱلْعَيْبِ وَأَرَادَ ٱلشَّفِيعُ أَخْذَهُ وَيَرْضَىٰ بِٱلْعَيْبِ . . فَٱلأَظْهَرُ : إِجَابَةُ ٱلشَّفِيعِ . وَلَوِ ٱشْتَرَى ٱثْنَانِ دَاراً أَوْ بَعْضَهَا . . فَلاَ شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى ٱلآخَرِ . وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي شِرْكٌ فِي ٱلأَرْضِ . . . .

(**ولو شرط في البيع الخيار لهما أو للبائع . . لم يؤخذ بالشفعة حتىٰ ينقطع الخيار**) لأنا إن قلنا : الملك للبائع . . فظاهرٌ ، وإن قلنا : للمشتري . . فالأخذ يؤدي إلىٰ إبطال خيار البائع ، وذلك إضرارٌ به .

(**وإن شرط للمشتري وحده . . فالأظهر : أنه يؤخذ إن قلنا : الملك للمشتري**) لأنه لا حقَّ فيه لغيره ، والشفيع مسلَّطٌ عليه بعد لزوم الملك واستقراره ، فقبله أولىٰ .

وهـٰذا يرد علىٰ قوله أولاً : (ملكاً لازماً) اللهم ؛ إلا أن يقال : لازماً من جهة البائع ، وفيه تعسُّفٌ .

والثاني : لا يؤخذ ؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد ، والأخذ يؤدي إلىٰ لزومه ، وإثبات العهدة عليه .

(**وإلا**) أي : وإن قلنا : إن الملك للبائع أو موقوف (. . **فلا**) يؤخذ **على الأصحِّ** ؛ لأن ملك البائع غيرُ زائل على التقدير الأول ، وغيرُ معلوم الزوال على التقدير الثاني ، **وقيل** : يؤخذ ؛ لانقطاع سلطنة البائع .

(**ولو وجد المشتري بالشِّقص عيباً وأراد ردَّه بالعيب ، وأراد الشفيع أخذه ويرضىٰ بالعيب . . فالأظهر : إجابة الشفيع**) لأن حقَّه سابقٌ علىٰ حقِّ المشتري ؛ فإنه ثابت بالبيع ، **والثاني** : إجابة المشتري ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقرَّ العقدُ وسلم عن الردِّ .

(**ولو اشترى اثنان داراً أو بعضها . . فلا شفعة لأحدهما على الآخر**) لاستوائهما في وقت حصول الملك .

وهـٰذا محترز قوله : (متأخراً عن ملك الشفيع) .

(**ولو كان للمشتري شركٌ في الأرض**) أي : نصيب ؛ كأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً ،

فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلشَّرِيكَ لاَ يَأْخُذُ كُلَّ ٱلْمَبِيعِ ، بَلْ حِصَّتَهُ . وَلاَ يُشْتَرَطُ فِي ٱلتَّمَلُّكِ بِٱلشُّفْعَةِ حُكْمُ حَاكِمٍ ، وَلاَ إِحْضَارُ ٱلثَّمَنِ ، وَلاَ حُضُورُ ٱلْمُشْتَرِي . وَيُشْتَرَطُ لَفْظٌ مِنَ ٱلشَّفِيعِ ؛ كَـ(تَمَلَّكْتُ) أَوْ (أَخَذْتُ بِٱلشُّفْعَةِ) ، وَيُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ : إِمَّا تَسْلِيمُ ٱلْعِوَضِ إِلَى ٱلْمُشْتَرِي ، فَإِذَا تَسَلَّمَهُ أَوْ أَلْزَمَهُ ٱلْقَاضِي ٱلتَّسَلُّمَ . . مَلَكَ . . . .

فباع أحدهم نصيبَه لأحد صاحبيه (. . **فالأصحُّ : أن الشريك لا يأخذ كلَّ المبيع ، بل حصته**) وهي السدس في مثالنا ؛ كما لو كان المشتري أجنبياً ؛ لاستوائهما في الشركة ، **والثاني** : يختص الثالث بالشفعة ، ولا حقَّ فيه للمشتري ؛ لأن أخذ الشفعة من نفسه محال .

وأجاب الأول : بأنا لا نقول يأخذها من نفسه ، وإنما يدفع الشريك عن الأخذ منه .

(**ولا يشترط في التملك بالشفعة حكمُ حاكم**) لثبوته بالنصِّ (**ولا إحضارُ الثمن**) كالشراء .

وكان ينبغي أن يقول : (ولا ذكر الثمن) .

(**ولا حضور المشتري**) ولا رضاه ؛ كالردِّ بالعيب .

واستشكل في « المطلب » : عدم اشتراط هـٰذه الأمور الثلاثة ـ بما سيذكره عقبه ـ من أنه لا بدَّ من أحد هـٰذه الأمور ، أو ما يلزم منه أحدها ثم قال : وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط ، قال الإسنوي : وهـٰذا الحمل لا يستقيم مع تكرار (لا) النافية ، ثم قال تبعاً للسبكي : بل الحمل الصحيح أنَّ كُلَّ واحدٍ بخصوصه . . لا يشترط .

(**ويشترط لفظٌ** من الشفيع ؛ كـ« **تملكت** » أو « **أخذت بالشفعة** ») وما أشبههما ؛ كـ(اخترت الأخذ بالشفعة) ، وإلا . . فهو من باب المعاطاة ، ولو قال : (أنا مطالبٌ بالشفعة) . . لم يحصل به التملك **على الأصحِّ** ؛ لأنه رغبة في التملك ، والملك لا يحصل بالرغبة .

(**ويشترط مع ذلك**) أي : مع اللفظ (**إمَّا تسليمُ العوض إلى المشتري ، فإذا تسلَّمه أو ألزمه القاضي التسلمَ**) بضم اللام عند امتناع المشتري من تسلمه منه (. . **ملك**

ٱلشَّفِيعُ ٱلشِّقْصَ . وَإِمَّا رِضَا ٱلْمُشْتَرِي بِكَوْنِ ٱلْعِوَضِ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِمَّا قَضَاءُ ٱلْقَاضِي لَهُ بِالشُّفْعَةِ إِذَا حَضَرَ مَجْلِسَهُ وَأَثْبَتَ حَقَّهُ فَيَمْلِكُ بِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَتَمَلَّكُ شِقْصاً لَمْ يَرَهُ ٱلشَّفِيعُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

الشفيع الشِّقصَ) لأنه وصل إلىٰ حقِّه في الحالة الأولىٰ ، ومقصر في الثانية .

والتخلية بين العوض وبين المشتري عند امتناعه من القبض ، وقبض القاضي عنه . . قائمان مقام قبضه .

(**وإما رضا المشتري بكون العوض في ذمته**) سواء سلّم الشقص أم لا ؛ لأنه معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض .

نعم ؛ لو باع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بفضة أو عكسه . . لم يكف الرضا ، بل يشترط التقابض .

(**وإما قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقَّه فيملك به في الأصحِّ**) لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم ، **والثاني** : لا يملك به ؛ لأنه لم يرض بذمته .

قال في « المطلب » : **والمراد بالقضاء** : إنما هو القضاء بثبوت حقِّ الشفعة لا بالملك .

واشتراط المصنف أخذَ هـٰذه الأمور يُفهم : أن الإشهاد على الطلب واختيار الشفعة لا يقوم مقام قضاء القاضي ، **وهو أظهر الوجهين في** « **الوجيز** » ، ونقله الرافعي عنه ، وأقره ، وحكىٰ فيه في « الروضة » وجهين من غير ترجيح[1] ، قال ابن الرفعة : ولم يفرقوا بين القدرة على الحاكم وعدمها ، ولا يبعد أن يقيد بذلك ، كما في مسألة هرب الجمّال ، ونظائرها مما يقوم فيه الإشهادُ مقام القضاء .

ويشترط في التملك : أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولا يشترط ذلك في الطلب .

(**ولا يتملك شِقصاً لم يره الشفيع على المذهب**) بناءً علىٰ منع بيع الغائب ، وليس للمشتري منعه من الرؤية ، وهـٰذا **أظهر الطريقين** ، **والطريق الثاني** : القطع بالمنع وإن

---

(١) الوجيز (ص ٢٤٣) ، الشرح الكبير (٥/ ٥٠٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٨٤) .

فَصْلٌ

[في بيان بدل الشقص الذي يؤخذ به والاختلاف في قدر الثمن]

إِنِ ٱشْتَرَىٰ بِمِثْلِيٍّ . . أَخَذَهُ ٱلشَّفِيعُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ بِمُتَقَوَّمٍ . . فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ ٱلْبَيْعِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ ٱسْتِقْرَارِهِ بِٱنْقِطَاعِ ٱلْخِيَارِ ، أَوْ بِمُؤَجَّلٍ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ فِي ٱلْحَالِ ، أَوْ يَصْبِرَ إِلَى ٱلْمَحِلِّ وَيَأْخُذَ . وَلَوْ بِيعَ شِقْصٌ وَغَيْرُهُ . . أَخَذَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ ٱلْقِيمَةِ ، . . . .

صححنا بيع الغائب ؛ لأن البيع جرىٰ بالتراضي ، فأثبتنا الخيار فيه ، وهنا الشفيع أخذ من غير رضا المشتري ، فلا يمكن إثبات الخيار فيه ، فلو رضي المشتري بأن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار . . كان علىٰ قولي بيع الغائب .

* * *

(**فصل : إن اشترىٰ بمثلي . . أخذه الشفيع بمثله**) لأنه أقرب إلىٰ حقِّه (**أو بمتقوم . . فبقيمته**) لتعذر المثل (**يوم البيع**) أي : تعتبر قيمة المتقوم يوم البيع ؛ لأنه وقت إثبات العوض ، واستحقاق الشفعة ، (**وقيل : يوم استقراره بانقطاع الخيار**) لأنه وقت استقرار السبب .

(**أو**) اشتراه (**بمؤجل . . فالأظهر : أنه مخيَّر بين أن يعجل ويأخذ في الحال ، أو يصبر إلى المَحِلّ**) بكسر الحاء (**ويأخذ**) لأنه إن جوزنا له الأخذَ بالمؤجل . . أضررنا بالمشتري ؛ لأن الذمم تختلف وإن ألزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال . . أضررنا بالشفيع ؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن ، فكان ما قلناه دافعاً للضررين وجامعاً للحقَّين ، **والثاني** : أنه يأخذه بالمؤجل ؛ تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري ، **والثالث** : أنه يأخذه بعوض يساوي الثمن مؤجلاً ؛ لتعذر أخذه بحالٍّ ومؤجلٍ ، فتعين هـٰذا ؛ لأنه أقرب إلى العدل .

(**ولو بيع شقصٌ وغيره**) كسيف أو ثوب (. . **أخذه**) أي : الشقص ؛ لوجود سبب الأخذ فيه دون غيره ، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت الصفقة عليه ؛ لدخوله فيها عالماً بالحال (**بحصته من القيمة**) أي : يوزَّعُ الثمن عليهما باعتبار قيمتهما يوم البيع ؛ لأنه وقت المقابلة ، ويأخذ الشفيع الشِّقص بحصته من الثمن .

وَيُؤْخَذُ ٱلْمَمْهُورُ بِمَهْرِ مِثْلِهَا ، وَكَذَا عِوَضُ ٱلْخُلْعِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ بِجُزَافٍ وَتَلِفَ . . ٱمْتَنَعَ ٱلأَخْذُ ، فَإِنْ عَيَّنَ ٱلشَّفِيعُ قَدْراً وَقَالَ ٱلْمُشْتَرِي : (لَمْ يَكُنْ مَعْلُومَ ٱلْقَدْرِ) . . حَلَفَ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ ، وَإِنِ ٱدَّعَىٰ عِلْمَهُ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَدْراً . . لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِذَا ظَهَرَ ٱلثَّمَنُ مُسْتَحَقّاً ؛ فَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً . . بَطَلَ ٱلْبَيْعُ وَٱلشُّفْعَةُ ، وَإِلاَّ . . أُبْدِلَ وَبَقِيَا . . . . . .

فإذا اشترىٰ شقصاً قيمته مئتان ، وسيفاً قيمته مئة بألف . . أخذ الشقص بثلثي الألف ، ويبقى السيف للمشتري بالثلث الباقي .

فقوله : (بحصته من القيمة) لا يعطي هـٰذا المعنىٰ بل يقتضي أنه يأخذ في مثالنا بما تبين ؛ **فصوابه** : بحصته من الثمن باعتبار القيمة .

(**ويؤخذ الممهور بمهر مثلها ، وكذا عوض الخلع**) لأن البُضْعَ متقوِّم وقيمته مهر المثل ، **وقيل** : يؤخذ بقيمة الشقص .

وعلى الأول : يعتبر مهر مثلها يوم النكاح ، ويوم الخلع .

وصورة المسألة : أن ينكحها أو يخالعها علىٰ شقص .

(**ولو اشترىٰ بجُزاف وتلف . . امتنع الأخذ**) لتعذر الوقوف على الثمن ، وهـٰذا من الحيل المسقطة للشفعة .

(**فإن عيَّن الشفيع قدراً**) بأن قال : (اشتريته بكذا) (**وقال المشتري** : « **لم يكن معلوم القدر** » . . **حلف علىٰ نفي العلم**) بذلك المقدار ؛ لأن الأصل عدمُ علمه به .

(**وإن ادعىٰ علمه**) أي : علم المشتري وطالبه بالبيان (**ولم يعيِّن قدراً . . لم تُسمع دعواه في الأصحِّ**) حتىٰ يعيِّن قدراً ، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف ؛ لأنه لم يَدَّعِ حقّاً له ، **والثاني** : أنها تسمع ؛ لأنه وإن لم يكن له حقٌّ لكنه ينفع في الحقِّ .

(**وإذا ظهر الثمن**) أي : ثمن المبيع (**مستحقاً**) ببينة (**فإن كان معيناً . . بطل البيع**) لأن أخذ عوضه لم يأذن فيه المالك ، وسواء كان الثمن عرضاً أو نقداً ؛ لأن النقد عندنا يتعين بالعقد ؛ كالعرض .

(**والشفعة**) لترتبها على البيع ، وعلى الشفيع ردُّ الشقص إن كان قبضه ، وإن خرج بعضه مستحقاً . . بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولا تفريقِ الصفقة .

(**وإلا**) أي : وإن كان في الذمة (. . **أُبدل وبقيا**) أي : البيع والشفعة ؛ لأن

وَإِنْ دَفَعَ ٱلشَّفِيعُ مُسْتَحَقّاً . . لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ إِنْ جَهِلَ ، وَكَذَا إِنْ عَلِمَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَتَصَرُّفُ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلشِّقْصِ ؛ كَبَيْعٍ وَوَقْفٍ وَإِجَارَةٍ . . صَحِيحٌ . وَلِلشَّفِيعِ نَقْضُ مَا لاَ شُفْعَةَ فِيهِ ـ كَٱلْوَقْفِ ـ وَأَخْذُهُ ، وَيَتَخَيَّرُ فِيمَا فِيهِ شُفْعَةٌ ـ كَبَيْعٍ ـ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ بِٱلْبَيْعِ ٱلثَّانِي أَوْ يَنْقُضَهُ وَيَأْخُذَ بِٱلأَوَّلِ . . . .

إعطاءه عما في الذمة لم يقع الموقع ، فكان وجوده كعدمه .

(**وإن دفع الشفيع مستحقاً . . لم تبطل شفعتُه إن جهل**) لأنه معذور ، والقول قوله في ذلك بيمينه ؛ لأنه أمر باطن .

(**وكذا إن علم في الأصحِّ**) لأنه لم يقصر في الطلب ، والشفعة لا تستحق بمال معين ، **والثاني** : تبطل ؛ لأنه أخذ بما لا يملك ، فصار كأنه ترك الأخذ مع القدرة .

فظاهر كلامه : جريان الخلاف سواء كان الثمن معيناً ؛ بأن قال : (تملكت الشقص بهـٰذه العشرة دنانير) ، أم غير معين ؛ كقوله : (تملكته بعشرة دنانير) ، لكن صحح في « زيادة الروضة » أن محله : إذا كان معيناً ، وإلا . . لم **تبطل** قطعاً[١] .

(**وتصرف المشتري في الشِّقص ؛ كبيع ووقف وإجارة . . صحيح**) لأنه واقع في ملكه ، فكان كتصرف الولد فيما وهبه له أبوه .

(**وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه ؛ كالوقف**) والهبة والإجارة (**وأخذه**) لأن حقَّه سابقٌ علىٰ هـٰذا التصرف ، وحكمُ جعله مسجداً كالوقف ، صرح به ابن الصباغ .

(**ويتخير فيما فيه شفعة ؛ كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني ، أو ينقضه ويأخذَ بالأول**) لأن كلاًّ منهما صحيح[٢] ، وربما كان الثمن في أحدهما أقلَّ أو من جنس هو عليه أيسر .

والمراد بالنقض : إبطاله بالأخذ لا أنه يحتاج إلىٰ لفظ قبله كما استنبطه صاحب « المطلب » من كلامهم .

ولو عبر المصنف بالإبطال . . لكان أولىٰ ؛ لأنَّ النقض رفعُ الشيء من أصله .

---

(١) روضة الطالبين (٥/٩٣) .

(٢) في (ب) و(د) : (لأن كلاًّ منهما مقهور على الأخذ منه) .

وَلَوِ ٱخْتَلَفَ ٱلْمُشْتَرِي وَٱلشَّفِيعُ فِي قَدْرِ ٱلثَّمَنِ . . صُدِّقَ ٱلْمُشْتَرِي ، وَكَذَا لَوْ أَنْكَرَ ٱلشِّرَاءَ أَوْ كَوْنَ ٱلطَّالِبِ شَرِيكاً ؛ فَإِنِ ٱعْتَرَفَ ٱلشَّرِيكُ بِٱلْبَيْعِ . . فَٱلأَصَحُّ : ثُبُوتُ ٱلشُّفْعَةِ ، وَيُسَلَّمُ ٱلثَّمَنُ إِلَى ٱلْبَائِعِ إِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِقَبْضِهِ ، وَإِنِ ٱعْتَرَفَ : فَهَلْ يُتْرَكُ فِي يَدِ ٱلشَّفِيعِ أَمْ يَأْخُذُهُ ٱلْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ ؟ . . فِيهِ خِلاَفٌ سَبَقَ فِي ٱلإِقْرَارِ نَظِيرُهُ . . . .

(**ولو اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن** . . **صُدِّق المشتري**) بيمينه ؛ لأنه أعلمُ بما باشره من الشفيع .

(**وكذا لو أنكر الشراءَ**) بأن قال : (لم أشتره بل ورثته) ، أو (وُهبته) ، (**أو كونَ الطالب شريكاً**) فإنَّ القول قولُه بيمينه ؛ لأن الأصل عدمُهما .

(**فإن اعترف الشريك**) القديم (**بالبيع** . . **فالأصحُّ** : **ثبوت الشفعة**) لأن اعترافه يتضمن إثبات حقِّ المشتري وحقِّ الشفيع ، فلا يبطل حقُّ الشفيع بإنكار المشتري ، **والثاني** : لا تثبت ؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري ، فإذا لم يثبت الشراء . . لم يثبت ما يتفرع عليه ، **والثالث** : إن لم يعترف البائع بقبض الثمن . . ثبتت ، وإن اعترف بقبضه . . فلا .

ولو كان المشتري غائباً . . فالحكم كما لو كان منكراً حاضراً ، قاله القاضي حسين .

(**ويُسلَّم الثمن إلى البائع إن لم يعترف بقبضه**) لأنه يتلقى الملك منه .

(**وإن اعترف**) بقبضه (**فهل يترك في يد الشفيع أم يأخذه القاضي ويحفظه ؟ فيه خلاف سبق في الإقرار نظيره**)[1] **والأصحُّ** : أنه يترك في يده ، قال ابن الرفعة : وترجيح الترك يقتضي حصولَ الملك للشفيع ، والتصرف في الشِّقص مع كون الثمن في ذمته ، وهو يخالف ما سبق ؛ يعني : من أن الممتنع يُلزمه القاضي بالقبض أو يخلي بينه وبين الثمن ليحصل الملك للشفيع ، والذي يظهر هو الوجه الثاني ؛ يعني : أن القاضي يأخذ الثمن .

قال المنكت : وقد يفرق بين الصورتين : بأن المشتري هناك معترف بالشراء ، وهنا بخلافه[2] .

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٨٠) .
(٢) السراج (٤/ ١٧٢) .

وَلَوِ ٱسْتَحَقَّ ٱلشُّفْعَةَ جَمْعٌ . . أَخَذُوا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْحِصَصِ ، وَفِي قَوْلٍ : عَلَى ٱلرُّؤُوسِ . وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ شَرِيكَيْنِ نِصْفَ حِصَّتِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ بَاقِيَهَا لآخَرَ . . فَٱلشُّفْعَةُ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلأَوَّلِ لِلشَّرِيكِ ٱلْقَدِيمِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ عَفَا عَنِ ٱلنِّصْفِ ٱلأَوَّلِ . . شَارَكَهُ ٱلْمُشْتَرِي ٱلأَوَّلُ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلثَّانِي ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

وقول المصنف : (أم يأخذه) **صوابه** : (أو يأخذه) ؛ لأن (أم) تكون بعد الهمزة و(أو) بعد هل .

(ولو استحق الشفعة جمعٌ . . أخذوا علىٰ قدر الحصص) لأنه حقٌّ مستحق بالملك ؛ فقسط علىٰ قدر الملك ؛ كالأجرة والثمرة ، **(وفي قول على الرؤوس)** لأن سبب الشفعة أصلُ الشركة ؛ بدليل أن الشريك الواحد يأخذ الجميع وإن قلَّ نصيبه ، وهما في أصل الشركة سواء ، قال الشافعي في « الأم » بعد أن حكىٰ هـٰذا القول : وبهـٰذا أقول ؛ كما حكاه ابن الرفعة[1] وحينئذ **فهو المذهب** .

(ولو باع أحد شريكين نصف حصته لرجل ، ثم باقيها لآخر . . فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم) لأنه ليس معه في حال بيعه شريك إلا البائع ، والبائع لا يتصور أن يأخذ ما باعه بالشفعة .

وأشار المصنف بـ(ثم) إلىٰ ترتيب البيعين ؛ فإن وقعا معاً . . فالشفعة فيهما للأول خاصة .

(والأصحُّ : أنه إن عفا) الشريك القديم **(عن النصف الأول . . شاركه المشتري الأول في النصف الثاني)** لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية ، واستقر بعفو الشريك القديم عنه ، فشاركه في الشفعة ؛ كسائر الشركاء .

(وإلا . . فلا) أي : وإن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذي اشتراه ، بل أخذه منه . . فلا يشارك الأول القديم ؛ لزوال ملكه ، **والثاني** : يشاركه مطلقاً ؛ لأنه شريك حال الشراء ، **والثالث** : لا يشاركه مطلقاً ؛ لأن الشريك القديم سلطه علىٰ ملكه فكيف يزاحمه ؟!

---

(١) الأم (٦/٥) ، كفاية النبيه (١١/ ٦٠) .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ لَوْ عَفَا أَحَدُ شَفِيعَيْنِ . . سَقَطَ حَقُّهُ ، وَيُخَيَّرُ ٱلآخَرُ بَيْنَ أَخْذِ ٱلْجَمِيعِ وَتَرْكِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ ٱلِٱقْتِصَارُ عَلَىٰ حِصَّتِهِ ، وَأَنَّ ٱلْوَاحِدَ إِذَا أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ . . سَقَطَ كُلُّهُ . وَلَوْ حَضَرَ أَحَدُ شَفِيعَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ ٱلْجَمِيعِ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِذَا حَضَرَ ٱلْغَائِبُ . . شَارَكَهُ ، . . . .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يكن الشريك القديم عفا عنها قبل البيع الثاني ، فإن عفا . . اشتركا فيها قطعاً .

(**والأصحُّ : أنه لو عفا أحد شفيعين . . سقط حقُّه**) كسائر الحقوق المالية ، (**ويُخيَّر الآخر بين أخذ الجميع وتركه**) كالمنفرد (**وليس له الاقتصار علىٰ حصته**) لئلا تتبعض الصفقة على المشتري ، **والثاني** : يسقط حقُّ العافي وغيره ؛ كالقصاص ، **والثالث** : لا يسقط حقُّ واحد منهما ؛ لأن التبعيض قد تعذر ، وليست الشفعة مما تسقط بالشبهات ؛ فغلب فيها جانب الثبوت .

(**وأن الواحد إذا أسقط بعضَ حقِّه . . سقط كلُّه**) كالقصاص ، **والثاني** : لا يسقط شيء ؛ كعفوه عن بعض حدِّ القذف ، **والثالث** : يسقط ما عفا عنه ، ويبقى الباقي إذا رضي المشتري بالشقص ؛ لأنه حقٌّ ماليٌّ يقبل الانقسام .

وقضية كلامه : طرد الخلاف ولو قلنا : إن الشفعة على الفور ، **وهو أشبه الطريقين** ، كما قاله في « المطلب » .

(**ولو حضر أحد شفيعين . . فله أخذ الجميع في الحال**) لا البعض ؛ لأنه ربما لا يأخذ الغائب فتفرق الصفقة على المشتري ؛ فيحصل الضرر .

(**فإذا حضر الغائب . . شاركه**) لأن حقَّه ثابت ، وحضوره بعد أخذ الأول كحضوره قبله .

والمراد بالمشاركة : المشاركة في ملك الشِّقص لا في رَيْعه ، حتىٰ لو حصل منه رَيْع في مدة الغيبة . . كان للحاضر ، ولا يشاركه فيه الغائب **في الأصحِّ** .

ولو قال الحاضر : (لا آخذ إلا قدر حصتي) . . بطل حقُّه إذا قدم الغائب ؛ لأن الشفعة إذا أمكن أخذها . . فالتأخير يقتضي تقصيراً يفوت ، بخلاف نظيره من القسامة ؛ كما ذكره الرافعي في بابها .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ تَأْخِيرَ ٱلأَخْذِ إِلَىٰ قُدُومِ ٱلْغَائِبِ . وَلَوِ ٱشْتَرَيَا شِقْصاً . . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِهِمَا وَنَصِيبِ أَحَدِهِمَا . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ وَاحِدٌ مِنَ ٱثْنَيْنِ . . فَلَهُ أَخْذُ حِصَّةِ أَحَدِ ٱلْبَائِعَيْنِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلشُّفْعَةَ عَلَى ٱلْفَوْرِ . فَإِذَا عَلِمَ ٱلشَّفِيعُ بِٱلْبَيْعِ . . فَلْيُبَادِرْ عَلَى ٱلْعَادَةِ ، . . . .

(**والأصحُّ : أن له تأخيرَ الأخذ إلىٰ قدوم الغائب**) لأن له غرضاً ألا يأخذ ما يُؤخذ منه ، **والثاني** : لا ، لتمكنه من الأخذ .

(**ولو اشتريا شقصاً . . فللشفيع أخذ نصيبهما ونصيبِ أحدهما**) أما نصيبهما . . فواضح ، وأما نصيب أحدهما . . فلأنه لم يفرق عليه ملكه .

(**ولو اشترىٰ واحد من اثنين . . فله أخذ حصة أحد البائعين في الأصحِّ**) لتعدد الصفقة بتعدد البائع ، **والثاني** : لا ؛ لأن المشتري ملك الكلَّ صفقة واحدة فلا يفرق ملكه عليه .

(**والأظهر : أن الشفعة على الفور**) لحديث : « ٱلشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا »[1] أي : بادرها ، ولأنه خيار ثبت بنفسه لدفع الضرر ، فكان على الفور ؛ كالردِّ بالعيب .

والمراد بكونها على الفور : هو طلبها لا تملكها ؛ كما نبه عليه ابن الرفعة تبعاً للعمراني وغيره[2] .

والثاني : تمتد إلىٰ ثلاثة أيام ؛ فقد يحتاج إلىٰ نظر وتأمل ، والثلاث مدة قريبة لا تضر بهما ، **والثالث** : يمتد مدةً تَسع التأمل في مثل ذلك الشِّقص ، ويختلف باختلاف حال المأخوذ ، **والرابع** : يمتد إلى التصريح بإسقاطها ؛ كحقِّ القصاص[3] .

(**فإذا علم الشفيع بالبيع . . فليبادر على العادة**) ولا يكلف البِدارَ علىٰ خلافها بالعدو ونحوه ، بل يرجع فيه إلى العرف فما يُعدُّ تقصيراً . كان مسقطاً ، وما لا . . فلا .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (١٤٤٠٦) من قول شريح رحمه الله تعالىٰ ، وانظر « التلخيص الحبير » (٤/١٩٢١) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٢٧) .

(٣) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

فَإِنْ كَانَ مَرِيضاً أَوْ غَائِباً عَنْ بَلَدِ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ خَائِفاً مِنْ عَدُوٍّ . . فَلْيُوَكِّلْ إِنْ قَدَرَ ، وَإِلاَّ . . فَلْيُشْهِدْ عَلَى ٱلطَّلَبِ ، فَإِنْ تَرَكَ ٱلْمَقْدُورَ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . . بَطَلَ حَقُّهُ فِي ٱلأَظْهَرِ . فَلَوْ كَانَ فِي صَلاَةٍ أَوْ حَمَّامٍ أَوْ طَعَامٍ . . فَلَهُ ٱلإِتْمَامُ . . . .

واحترز بالعلم : عمَّا إذا لم يعلم . . فإنه علىٰ شفعته ولو مضىٰ عليه سنون .

(**فإن كان مريضاً**) مرضاً يمنع المطالبة (**أو غائباً عن بلد المشتري أو خائفاً من عدوٍّ . . فليوكل إن قدر ، وإلا . . فليُشهد على الطلب ، فإن ترك المقدورَ عليه منهما**) أي : من التوكيل والإشهاد (. . **بطل حقُّه في الأظهر**) لتقصيره في الأولىٰ ، ولإشعار السكوت مع التمكن من الإشهاد بالرضا في الثانية .

ووجه مقابله في الأولىٰ : أنه قد تلحقه مِنَّة ، أو مؤنة ، **وفي الثانية** : أن الإشهاد إنما هو لإثبات الطلب عند الحاجة ، **والمراد** : إشهاد رجلين ، أو رجل وامرأتين ؛ فإن أشهد واحداً ليحلف معه . . لم يجز ؛ لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين ؛ فلم يصر مستوثقاً لنفسه ، قاله الماوردي والروياني[١] ، وحاول ابن الرفعة تخريج وجه بالاكتفاء بالواحد[٢] ، وبه جزم ابن كَجٍّ في « التجريد » ، فحصل وجهان ، وقد صرح بهما الدارمي .

وإذا بلغه الخبر وهو غائب ؛ فسار في طلبه على العادة من غير إرهاق وأشهد . . فهو علىٰ شفعته ، وإلا . . **فالأصحُّ** : بطلانها ، كذا صححه المصنف في « تصحيح التنبيه »[٣] ، وهو المصحح في نظيره من البيع ، لكن **الأصحّ في « الشرح »** و« **الروضة** » : أنه لا تسقط شفعته إذا لم يشهد[٤] .

(**فلو كان في صلاة أو حمام أو طعام . . فله الإتمام**) لأنه أمد قريب ؛ فلا يتضرر به المشتري ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاقتصار على المجزئ ، **وقيل** : يقطع الصلاة إن كانت نافلةً .

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٢٤) ، بحر المذهب (٨/ ١١٣) .

(٢) كفاية النبيه (١١/ ٤٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٦٢) .

(٤) الشرح الكبير (٥/ ٥٤٠) ، روضة الطالبين (٥/ ١٠٨) .

وَلَوْ أَخَّرَ وَقَالَ : (لَمْ أُصَدِّقِ ٱلْمُخْبِرَ) . . لَمْ يُعْذَرْ إِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلاَنِ ، وَكَذَا ثِقَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُعْذَرُ إِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لاَ يُقْبَلُ خَبَرُهُ . وَلَوْ أُخْبِرَ بِٱلْبَيْعِ بِأَلْفٍ فَتَرَكَ ، فَبَانَ بِخَمْسِ مِئَةٍ . . بَقِيَ حَقُّهُ ، وَإِنْ بَانَ بِأَكْثَرَ . . بَطَلَ . وَلَوْ لَقِيَ ٱلْمُشْتَرِيَ فَسَلَّمَ عَلَيْهِ ، أَوْ قَالَ : (بَارَكَ ٱللهُ فِي صَفْقَتِكَ) . . لَمْ يَبْطُلْ ، . . . .

ولو حضر وقت الصلاة أو الطعام أو قضاء الحاجة . . جاز له أن يقدمها ، فإذا فرغ . . طالب بالشفعة ، وإن كان ليلاً . . فحتىٰ يصبح .

(**ولو أخر**) الطلب (**وقال** : « **لم أصدِّق المخبر** » . . **لم يعذر إن أخبره عدلان**) لأن شهادتهما مقبولة ؛ فكان من حقِّه أن يعتمد قولهما ، والرجل والمرأتان كذلك .

ولو كانا مستورين . . قال ابن الملقن : فينبغي أن يعذر[1] .

(**وكذا ثقة**) ولو عبداً أو امرأة (**في الأصحِّ**) لأن إخبار الثقة مقبول ، **والثاني** : يعذر ؛ لأن البيع لا يثبت بذلك ، **والثالث** : يعذر في العبد ؛ لأن شهادته لا تقبل ، بخلاف المرأة والعدل الواحد .

(**ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره**) لأنه معذور ، وهـٰذا إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدّاً لا يحتمل التواطؤ على الكذب ، فإن بلغه وأخر . . بطل حقُّه وإن كانوا فُسَّاقاً أو صبياناً أو كفاراً .

وهـٰذا كله بالنسبة إلى الظاهر ، أما بالنسبة إلى الباطن . . فالاعتبار بما وقع في نفسه من الصدق ، أو ضده ، سواء فيه الكافر وغيره ، صرح به الماوردي[2] ، كما نقله في « المطلب » .

(**ولو أُخبر بالبيع بألف فترك فبان بخمس مئة . . بقي حقُّه**) لأنه لم يتركه زهداً بل للغلاء ؛ فليس مقصراً .

(**وإن بان بأكثر . . بطل**) لأنه إذا لم يرغب فيه بألف . . فبالأكثر أولىٰ .

(**ولو لقي المشتريَ فسلم عليه ، أو قال : « بارك الله في صفقتك » . . لم يبطل**) أما السلام . . فلأنه سنة قبل الكلام ، وأما الدعاء . . فلأنه قد يدعو له بالبركة ؛ ليأخذ

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٩٠٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٢٥) .

وَفِي ٱلدُّعَاءِ وَجْهٌ . وَلَوْ بَاعَ ٱلشَّفِيعُ حِصَّتَهُ جَاهِلاً بِٱلشُّفْعَةِ . . فَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُهَا .

صفقة مباركة ، (**وفي الدعاء وجه**) أنه يبطل به حقُّ الشفعة ؛ لأنه يشعر بتقرير الشِّقص في يده ، فلا ينتظم الطلب عقبه .

ولو جمع بين السلام والدعاء . . لم يبطل أيضاً علىٰ ما اقتضاه كلام المَحاملي في « التجريد » .

(**ولو باع الشفيع حصته**) أو وهبها (**جاهلاً بالشفعة . . فالأصحُّ : بطلانها**) لزوال سبب الشفعة ، **والثاني** : لا ؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع ، ولم يرض بسقوط حقِّه .

واحترز بالجهل : عن العلم فيبطل جزماً ، هـٰذا إذا باع جميع الحصة ، فإن باع بعضها عالماً . . **فالأظهر** : البطلان أو جاهلاً . . **فالأصحُّ في** « **زوائد الروضة** » : عدمه[1] .

* * *

(١) روضة الطالبين (٥/ ١١١) .

كتاب القراض

ٱلْقِرَاضُ وَٱلْمُضَارَبَةُ : أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالاً لِيَتَّجِرَ فِيهِ وَٱلرِّبْحُ مُشْتَرَكٌ . وَيُشْتَرَطُ لِصِحَّتِهِ : كَوْنُ ٱلْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ، فَلاَ يَجُوزُ عَلَىٰ تِبْرٍ وَحُلِيٍّ وَمَغْشُوشٍ وَعُرُوضٍ .

(كتاب القراض)

القراض لغة أهل الحجاز ، مشتق من القرض وهو : القطع ؛ لأن المالك قطع للعامل قطعةً من ماله يتصرف فيها ، أو قطعة من الربح ، أو من المقارضة وهي : المساواة ؛ لتساويهما في الربح .

وأهل العراق يسمونه مضاربة ؛ لأن كلاًّ منهما يضرب بسهم في الربح ، ولما فيه غالباً من السفر ، والسفر يُسمَّىٰ ضرباً ، وقد جمع المصنف بين اللفظين فقال :

(**القراض والمضاربة : أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك**) هـٰذا حدُّه **شرعاً** .

وهو مجمع عليه ، وضارب عليه الصلاة والسلام لخديجة بمالها إلى الشام ، وأنفذت معه عبدها مَيْسَرة[١] .

ونبه المصنف بلفظ الدفع : علىٰ أنه لا يصحُّ على الدين ، سواء أكان على العامل أم علىٰ غيره .

واحترز بقوله : (والربح مشترك) عن الوكيل والعبد المأذون .

(**ويشترط لصحته : كون المال دراهم أو دنانير**) خالصة ، بإجماع الصحابة ، قاله في « الروضة »[٢] ، ويجوز أن يكون دراهم ودنانير معاً .

(**فلا يجوز علىٰ تبر وحلي ومغشوش وعروض**) مثلية أو مُتقوِّمة ، ولا علىٰ منافع ؛ كسكنى الدار ؛ لأن القراض عقد مشتمل علىٰ إغرار ؛ إذ العمل غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوز للحاجة ، فيختصُّ بما يسهل التجارة عليه ، ويروج غالباً ، وهو الأثمان .

---

(١) أخرجه ابن سعد في « الطبقات » (١/ ١٣٠) ، وانظر « سيرة ابن هشام » (١/ ١٨٨) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ١١٧) .

وَمَعْلُوماً مُعَيَّناً ، وَقِيلَ : يَجُوزُ عَلَىٰ إِحْدَى ٱلصُّرَّتَيْنِ . وَمُسَلَّماً إِلَى ٱلْعَامِلِ ، فَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ كَوْنِ ٱلْمَالِ فِي يَدِ ٱلْمَالِكِ ، وَلاَ عَمَلِهِ مَعَهُ ، . . . .

وإنما منع في المغشوش ؛ لأن الغِشَّ لو ميز ثم قارضه عليه وعلى الخالص . . لم يصحَّ ، فكذلك إذا كانا مختلطين .

والمغشوش داخل في الدراهم والدنانير ، فلا يصح عدُّه من جملة ما احترز عنه بهما ، وإنما يحترز عنه بالخالص ، ولم يذكره أولاً ، وسواء راجت المغشوشة وعلم ما فيها من الخالص وجوزنا التعامل بها أم لا .

وقيل : يجوز إذا راجت ؛ اعتباراً برواجها ، قال السبكي : وعليه عمل الناس ، والحاجة داعية إليه ، وقال الجرجاني : **محلُّ المنع** : إذا كان الغِشُّ ظاهراً ، فإن كان مستهلكاً . . جاز ؛ لأنه كالمعدوم .

(**ومعلوماً**) قدراً ، وصفة ، فلا يجوز علىٰ دراهم مجهولة القدر أو الصفة ؛ للجهل بالربح ، بخلاف رأس مال السلم ؛ لأنه لم يوضع على الفسخ ، بخلافه .

(**معيناً**) فلو قال : (علي ألف درهم) ، ولم يعينه . . لم يصحَّ ، فإن عينه في المجلس . . فقضية كلام الكتاب : عدم الصحة ، لكن قضية كلام « الروضة » و« أصلها » : الصحة[1] ، **وهو الأصحُّ في « الشرح الصغير »** .

(**وقيل : يجوز علىٰ إحدى الصرتين**) بأن أحضرهما وفي كلٍّ منهما ألف مثلاً ، وقال : (قارضتك علىٰ إحداهما) لتساويهما ، **والأصحُّ** : المنع ؛ لعدم التعيين ؛ كما في البيع .

وضبط المصنف بخطه الصرتين بتشديد الراء بعد الصاد المهملة .

(**ومسلَّماً إلى العامل**) بحيث يستقلُّ باليد عليه والتصرف فيه .

(**فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك**) ويوفي الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة .

(**ولا عملِه**) أي : عمل المالك (معه) لأن وضع القراض : مالٌ من المالك

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ١١٧) ، والشرح الكبير (٦/ ٨) .

وَيَجُوزُ شَرْطُ عَمَلِ غُلَامِ ٱلْمَالِكِ مَعَهُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَوَظِيفَةُ ٱلْعَامِلِ ٱلتِّجَارَةُ وَتَوَابِعُهَا ؛ كَنَشْرِ ٱلثِّيَابِ وَطَيِّهَا ، فَلَوْ قَارَضَهُ لِيَشْتَرِيَ حِنْطَةً فَيَطْحَنَ وَيَخْبِزَ ، أَوْ غَزْلاً يَنْسُجُهُ وَيَبِيعُهُ . . فَسَدَ ٱلْقِرَاضُ ، . . . .

وعمل من العامل ، فالجمع بينهما علىٰ ربِّ المال ينافي مقتضاه ؛ لأن بعض الربح يكون بعمله وماله .

(**ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح**) لأن الغلام ماله ، فجاز أن يجعل تابعاً لماله ، بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه ، فإنه لا وجه لجعله تابعاً ، **والثاني** : لا يجوز ؛ لأن عمله كعمل سيده .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يصرح بالحجر على العامل ، فأما إذا قال : (علىٰ أن يعمل معك غلامي ، ولا تتصرف دونه) ، أو أن يكون بعض المال في يده . . فسد قطعاً .

وصورة المسألة ـ كما قاله في « الكفاية » ـ : أن يكون الغلام معلوماً بالمشاهدة أو الوصف ، فإن لم يكن معلوماً . . فالعقد فاسد ، وقاله الشيخان في (باب المساقاة)[1] .

(**ووظيفة العامل التجارة وتوابعها ؛ كنشر الثياب وطيها**) وذرعها ، وإدراجها في السَّفَط ـ وهو : وعاء يُجعل فيه القماش ـ وإخراجها منه ، وما سيأتي في أثناء الباب ؛ لأن الإطلاق يحمل على العرف ، وهو قاض بذلك .

(**فلو قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز ، أو غزلاً ينسجه ويبيعه . . فسد القراض**) لأن الطحن والخبز ونحوهما أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها ، فلا ضرورة إلى ارتكاب جهالة مستغنىً عنها .

وهـٰذا التعليل يشعر بأن المراد : إذا شرط ذلك على العامل ، فلو شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض وحظ العامل التصرف فقط . . قال في « المطلب » : فيظهر الجواز .

---

(١) كفاية النبيه (١١/ ١١٨) ، والشرح الكبير (٦/ ٦٤) ، وروضة الطالبين (٥/ ١٥٥) .

وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْرِطَ عَلَيْهِ شِرَاءَ مَتَاعٍ مُعَيَّنٍ أَوْ نَوْعٍ يَنْدُرُ وُجُودُهُ ، أَوْ مُعَامَلَةَ شَخْصٍ . وَلاَ يُشْتَرَطُ بَيَانُ مُدَّةِ ٱلْقِرَاضِ ، فَلَوْ ذَكَرَ مُدَّةً وَمَنَعَهُ ٱلتَّصَرُّفَ بَعْدَهَا . . فَسَدَ ، وَإِنْ مَنَعَهُ ٱلشِّرَاءَ بَعْدَهَا . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(**ولا يجوز أن يَشرِط عليه شراء متاع معين**) كهـٰذه السلعة (**أو نوع يندر وجوده**) كالياقوت الأحمر (**أو معاملةَ شخص**) كالبيع من زيد ، أو الشراء منه ؛ لإخلاله بالمقصود ؛ لأن المعين قد لا يربح ، والنادر قد لا يجده ، والشخص المعين قد لا يعامله ، وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحاً ، أو لا يبيع إلا بثمن غال .

وأفهم : أن النوع إذا لم يندر وجوده . . صحَّ وإن لم يدم ؛ كالفواكه الرطبة ، **وهو الأصحُّ** ، ولو لم يعين نوعاً . . صحَّ **في الأصحِّ** ، بخلاف الوكالة .

والفرق : أن للعامل حظّاً يحمله علىٰ بذل المجهود ، بخلاف الوكيل .

(**ولا يشترط بيان مدة القراض**) بخلاف المساقاة ؛ لأن مقصود القراض ـ وهو الربح ـ ليس له وقت معلوم ، بخلاف الثمرة .

(**فلو ذكر مدة ومنعه التصرف بعدها**) مطلقاً ، أو من البيع (. . **فسد**) لإخلاله بالمقصود فإنه قد لا يجد راغباً في المدة ، فلا تحصل التجارة والربح .

وكلام المصنف قد يفهم : أنه لو قال : (قارضتك سنة) ولم يزد . . أنه يصحُّ ، **والأصحُّ** : البطلان ؛ لأن ظاهره انتهاء القراض ، ولا يجوز تعليق القراض ، فلو نجزه وعلق التصرف . . لم يصحَّ **في الأصحِّ** ؛ كما لو قال : (بعتك ولا تملك إلا بعد شهر) ، **وقيل** : يصحُّ ؛ كالوكالة .

(**وإن منعه الشراء بعدها**) دون البيع (. . **فلا في الأصحِّ**) لأن المالك متمكن من منعه من الشراء متىٰ شاء ، فجاز أن يتعرض له في العقد ، بخلاف المنع من البيع ، **والثاني** : يفسد ؛ لأن ما كان وضعه على الإطلاق ـ أي : يصحُّ من غير تأقيت ـ كان التأقيت منافياً له ؛ كالبيع والنكاح .

وصورة المسألة ـ كما قال الإمام ـ : أن تكون المدة يتأتىٰ فيها الانبساط في الشراء علىٰ موافقة غرض الاسترباح ، بخلاف الساعة ونحوها[1] .

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٤٥٤) .

وَيُشْتَرَطُ ٱخْتِصَاصُهُمَا بِٱلرِّبْحِ وَٱشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ : (قَارَضْتُكَ عَلَىٰ أَنَّ كُلَّ ٱلرِّبْحِ لَكَ) . . فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : قَرْضٌ صَحِيحٌ ، وَإِنْ قَالَ : (كُلُّهُ لِي) . . فَقِرَاضٌ فَاسِدٌ ، وَقِيلَ : إِبْضَاعٌ . وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً بِٱلْجُزْئِيَّةِ ، فَلَوْ قَالَ : (عَلَىٰ أَنَّ لَكَ فِيهِ شَرِكَةً أَوْ نَصِيباً) . . فَسَدَ ، . . . .

وقضية إطلاق الكتاب : أنه لو منعه الشراء بعدها وسكت عن البيع . . عدم الفساد ، **وقضية ما في** « **الشرحين** » و« **الروضة** » : الجزم بالفساد ؛ لأنهما قيدا محلَّ الخلاف بما إذا منعه من الشراء وصرح بجواز البيع ، وجرىٰ عليه في « الكفاية »[(١)] ، وقال في « المطلب » : الذي يظهر : جريان الوجهين أيضاً فيما إذا سكت عن البيع .

(**ويشترط : اختصاصهما بالربح**) فلا يجوز شرط شيء منه لثالث ؛ لأنه ليس بمالك ولا عامل ، إلا أن يشرط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين ، قال الماوردي: إلا أن يتصادقا علىٰ أن ما سمي لغيرهما هو لربِّ المال ، وذكر اسمه استعارة[(٢)] .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : ما لو كان المشروط له عبداً لأحدهما . . فإنه يصحُّ ؛ لأن ذاك في الحقيقة شرطٌ لسيده .

(**واشتراكهما فيه**) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله .

(**فلو قال** : « **قارضتك علىٰ أن كلّ الربح لك** » . . **فقراض فاسد** ، **وقيل** : **قرض صحيح** ، **وإن قال** : « **كله لي** » . . **فقراض فاسد** ، **وقيل** : **إبضاع**) الخلاف في المسألتين ينبني علىٰ قاعدة وهي : **أن النظر إلىٰ صيغ العقود أو معانيها** ، وفيها وجهان ، وفروعها مختلفة في التصحيح لقوة أحد المَدْرَكين ، وإذا قلنا : قراض فاسد فيهما . . استحق أجرة المثل في الأولىٰ لا الثانية **في الأصحِّ** .

والإبضاع : بعث المال مع من يتجر له به متبرعاً ، **والبضاعة** : المال المبعوث .

(**وكونه معلوماً بالجزئية**) كالنصف والثلث مثلاً ، وهما شرطان ، وسيأتي بيان ما احترز عنه بهما .

(**فلو قال** : « **علىٰ أن لك فيه شركة أو نصيباً** » . . **فسد**) للجهل بالعوض ،

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ١٤) ، وروضة الطالبين (٥/ ١٢٢) ، كفاية النبيه (١١/ ١١٦) .
(٢) الحاوي الكبير (٩/ ١٠٩) .

أَوْ (بَيْنَنَا) . . فَٱلأَصَحُّ : ٱلصِّحَّةُ ، وَيَكُونُ نِصْفَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : (لِيَ ٱلنِّصْفُ) . . فَسَدَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ قَالَ : (لَكَ ٱلنِّصْفُ) . . صَحَّ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَلَوْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا عَشَرَةٌ أَوْ رِبْحُ صِنْفٍ . . فَسَدَ .

فَصْلٌ

[في بيان الصيغة وما يشترط في العاقدين]

يُشْتَرَطُ إِيجَابٌ وَقَبُولٌ ....

وهـٰذا محترز قوله : (معلوماً) .

(**أو « بيننا »** . . **فالأصحُّ** : **الصحة ، ويكون نصفين**) كما لو قال : (هـٰذه الدار بيني وبين فلان) . . فإنها تجعل بينهما نصفين ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ لأنه يحتمل أنه بينهما مناصفة أو مثالثة ، فكان مجهولاً ، فبطل .

(**ولو قال** : **« لي النصف »**) وسكت عن جانب العامل (. . **فسد في الأصحِّ**) لأن الربح فائدةُ المال ، فيكون للمالك ، إلا إذا نُسِبَ شيء منه إلى العامل ولم ينسب إليه شيء ، **والثاني** : يصحُّ ، ويكون النصف الآخر للعامل ؛ حملاً علىٰ موجب القراض من اشتراكهما في الربح ، فبيان نصيب أحدهما يظهر الآخر ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ فإن في ذلك دلالة علىٰ أن الباقي للأب .

(**وإن قال** : **« لك النصف »**) وسكت عن جانبه (. . **صحَّ على الصحيح**) لأن الربح نماءُ المال ، فمقتضاه أن جميعه لرب المال ، فإذا شرط للعامل منه شيء معلوم . . بقي الباقي لمالك الأصل ، **والثاني** : لا يصحُّ ؛ كالصورة السابقة .

(**ولو شُرط لأحدهما عشرة**) مثلاً (**أو ربح صنفٍ** . . **فسد**) لأن الربح قد ينحصر في العشرة ، أو في ذلك الصنف ، فيؤدي إلىٰ أن يفوز أحدهما بربح الجميع ، وهو خلاف وضع القراض ، **وهـٰذا محترز قوله** : (بالجزئية) .

* * *

(**فصل** : **يشترط** : **إيجاب وقبول**) متصل لأنه عقد معاوضة ، فأشبه البيع ونحوه .

وفي تعبيره تَسمُّح ، فإنهما ركنان لا شرطان ، وعبر في « المحرر » بقوله : ولا بدَّ

ـ وَقِيلَ : يَكْفِي ٱلْقَبُولُ بِٱلْفِعْلِ ـ وَشَرْطُهُمَا كَوَكِيلٍ وَمُوَكِّلٍ . وَلَوْ قَارَضَ ٱلْعَامِلُ آخَرَ بِإِذْنِ ٱلْمَالِكِ لِيُشَارِكَهُ فِي ٱلْعَمَلِ وَٱلرِّبْحِ . . لَمْ يَجُزْ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ فَاسِدٌ ، . . .

في القراض منهما(١) ، وهو محرر .

(**وقيل : يكفي القبول بالفعل**) كما في (الوكالة) و(الجعالة) ، **ومحلُّ هـٰذا الوجه** : ما إذا كانت صيغة الإيجاب : (خذ هـٰذه الدراهم واتجر فيها) ، ونحو ذلك ، أما إذا كانت بلفظ : (قارضتك) ، أو (ضاربتك) ، أو (عاملتك) . . فلا بدَّ من اللفظ جزماً ؛ لأن هـٰذه الصيغة تقتضي المفاعلة .

(**وشرطهما**) أي : المالك والعامل (**كوكيل وموكِّل**) لأن القراض توكيل وتوكل ، فاعتبر فيهما ما اعتبر في الوكيل والموكِّل ، فلا يصحُّ أن يُقارَضَ صبيٌّ ، ولا سفيه ، ولا يُقارِضا ، وأما المحجور عليه بالفلس . . فلا يصحُّ أن يقارض ، ويصحُّ أن يكون عاملاً ، وللولي أن يقارض في مال محجوره من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه ، أباً كان أو غيره ؛ كما يجوز له أن يوكل ، وليس للعبد المأذون أن يقارِض ، ولا يقارَض بغير إذن السيد .

(**ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشاركه في العمل والربح . . لم يجز في الأصحِّ**) لأنه خلاف موضوعه ، فإن موضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكاً لا عمل له ، والآخر عاملاً لا ملك له ، **والثاني** : يجوز ؛ كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين في الابتداء علىٰ ما سيأتي ، وقواه السبكي .

واحترز بالمشاركة : عما إذا أذن له في ذلك علىٰ أن ينسلخ هو من القراض ، ويكون وكيلاً فيه عن المالك ، والعامل هو الثاني ؛ فإنه يصحُّ جزماً ؛ كما لو قارضه المالك بنفسه ، كذا أطلقاه(٢) ، قال ابن الرفعة : **ومحله** : إذا كان المال مما يجوز عليه القراض ، فلو وقع ذلك بعد تصرفه ، وصيرورته عرضاً . . لم يجز .

(**وبغير إذنه فاسد**) لأن المالك لم يأذن فيه ، ولم يأتمن على المال غيره .

---

(١) المحرر (ص ٢٢٣) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٧) ، وروضة الطالبين (٥/ ١٣٢) .

فَإِنْ تَصرَّفَ ٱلثَّانِي . . فَتصرُّفُ غَاصِبٍ ، فَإِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ وَقُلْنَا بِٱلْجَدِيدِ . . فَٱلرِّبْحُ لِلْعَامِلِ ٱلأَوَّلِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي أُجْرَتُهُ ـ وَقِيلَ : هُوَ لِلثَّانِي ـ وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ بِعَيْنِ مَالِ ٱلْقِرَاضِ . . فَبَاطِلٌ . وَيَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَ ٱلْوَاحِدُ ٱثْنَيْنِ مُتَفَاضِلاً وَمُتَسَاوِياً ، وَٱلاثْنَانِ وَاحِداً وَٱلرِّبْحُ بَعْدَ نَصِيبِ ٱلْعَامِلِ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ ٱلْمَالِ . وَإِذَا فَسَدَ ٱلْقِرَاضُ . . نَفَذَ تَصرُّفُ ٱلْعَامِلِ ، وَٱلرِّبْحُ لِلْمَالِكِ ، . . . .

(**فإن تصرف الثاني . . فتصرفُ غاصبٍ**) لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل .

(**فإن اشترىٰ في الذمة**) ونقد الثمن مما أخذ من الأول وربح (**وقلنا بالجديد**) وهو أن الربح كلَّه للغاصب ؛ لأن الشراء صحيحٌ والتسليم فاسد ، فيضمن المال الذي سلمه ، ويسلم له الربح .

وهـٰذا الجديد لم يتقدم له ذكر في « الكتاب » فلا يحسن الإحالة عليه ، وقد صرح في « المحرر » هنا بمسألة الغاصب ، وذكر القولين فيها ، ثم فرع على الجديد مسألة « الكتاب »[1] ، وهو حسن ، فأسقط مسألة الغاصب ، وهي أصل لما ذكره .

(. . **فالربح للعامل الأول في الأصحّ**) لأن الثاني تصرف بإذنه ، فأشبه الوكيل ، (**وعليه للثاني أجرتُه**) لأنه لم يعمل مجّاناً ، وهـٰذه من زيادة « الكتاب » علىٰ « أصله » من غير تمييز ، (**وقيل : هو للثاني**) لأنه لم يتصرف بإذن من المالك ، فأشبه الغاصب .

(**وإن اشترىٰ بعين مال القراض . . فباطل**) لأنه شراء فضولي .

(**ويجوز أن يقارض الواحد اثنين متفاضلاً ومتساوياً**) لأن ذلك كعقدين (**والاثنان واحداً**) لأن ذلك أيضاً كعقدين ، (**والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال**) كما إذا كان المال بينهما نصفين ، وشرطا للعامل نصف الربح ، وباقيه لهما بالسوية ، ولو شرطاه لا علىٰ نسبة المالين . . لم يصحَّ .

(**وإذا فسد القراض . . نفذ تصرف العامل**) لوجود الإذن ؛ كما في الوكالة الفاسدة (**والربح للمالك**) بكماله ؛ لأنه نماء ملكه .

---

(١) المحرر (ص ٢٢٣) .

وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِ عَمَلِهِ إِلاَّ إِذَا قَالَ : (قَارَضْتُكَ وَجَمِيعُ ٱلرِّبْحِ لِي) . . فَلاَ شَيْءَ لَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَتَصَرَّفُ ٱلْعَامِلُ مُحْتَاطاً ، لاَ بِغَبْنٍ وَلاَ نَسِيئَةٍ بِلاَ إِذْنٍ . وَلَهُ ٱلْبَيْعُ بِعَرْضٍ . وَلَهُ ٱلرَّدُّ بِعَيْبٍ تَقْتَضِيهِ مَصْلَحَةٌ ، فَإِنِ ٱقْتَضَتِ ٱلإِمْسَاكَ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلِلْمَالِكِ ٱلرَّدُّ ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَا . . عُمِلَ بِٱلْمَصْلَحَةِ . . . .

(**وعليه للعامل أجرة مثلِ عمله**) وإن لم يحصل ربح **على الأصحِّ** ؛ لأنه عمل طامعاً في المُسمَّىٰ ، فإذا لم يسلم له . . وجب أن يردَّ عليه عمله ، لكنه لا يمكن ، فتجب قيمته وهي الأجرة .

(**إلا إذا قال : « قارضتك وجميع الربح لي » . . فلا شيء له في الأصحِّ**) لأنه عمل مجّاناً غير طامع في شيء ، **والثاني** : يرجع بأجرة المثل ؛ كسائر أسباب الفساد ، وصححه ابن الرفعة[1] .

(**ويتصرف العامل محتاطاً ، لا بغَبن**) فاحش (**ولا نسيئة**) [لما فيه من الغرر][2] كالوكيل (**بلا إذن**) لأن المنع لحقِّه وقد زال بإذنه .

(**وله البيع بعرْضٍ**) بخلاف الوكيل ؛ لأن المقصود بالقراض الاسترباح ، والبيع بالعرض طريق فيه ، قال ابن الرفعة : **وقياسه** : أن يجوز بغير نقد البلد ، لكن البَنْدَنيجي ، والمَحاملي ، وسليم ، والروياني قالوا : لا يجوز . انتهىٰ[3]

وفرق السبكي بأن نقد غير البلد لا يروج فيها ، فيتعطل الربح ، بخلاف العرض .

(**وله الردُّ بعيب تقتضيه مصلحة**) لتعلق حقِّه به ، وكونه من تصرفاته ، (**فإن اقتضت الإمساك . . فلا في الأصحِّ**) لإخلاله بمقصود العقد ، **والثاني** : نعم ؛ كالوكيل ، وهو ظاهر نص « المختصر »[4] .

(**وللمالك الردُّ**) حيث يجوز للعامل بطريق أولىٰ (**فإن اختلفا**) أي : المالك والعامل في الردِّ بالعيب (. . **عُمل بالمصلحة**) لأن كلاًّ منهما له حقٌّ .

---

(١) كفاية النبيه (١١/١٠٦) .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ب) و(د) .

(٣) كفاية النبيه (١١/١٢٠) .

(٤) مختصر المزني (ص ١٢٢) .

وَلاَ يُعَامِلُ ٱلْمَالِكَ . وَلاَ يَشْتَرِي لِلْقِرَاضِ بِأَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَلاَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى ٱلْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَكَذَا زَوْجُهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَلَوْ فَعَلَ . . لَمْ يَقَعْ لِلْمَالِكِ ، وَيَقَعُ لِلْعَامِلِ إِنِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . وَلاَ يُسَافِرُ بِٱلْمَالِ بِلاَ إِذْنٍ . وَلاَ يُنْفِقُ مِنْهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ حَضَراً ، وَكَذَا سَفَرٌ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

(ولا يعامل المالكَ) بمال القراض ؛ لأنه يؤدي إلىٰ بيع ماله بماله .

(ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال) لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلا به .

(ولا من يعتق على المالك بغير إذنه) كأصوله وفروعه ؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح ، وهـٰذا خسران كلّه ، فإن أذن . . صحَّ .

(وكذا زوجُه في الأصحِّ) للضرر بربِّ المال بسبب انفساخ نكاحه ، وهـٰذا ما نصَّ عليه في « الإملاء » ، **والثاني** : يجوز ؛ إذ قد يكون مربحاً .

وقوله : (زوجه) يشمل الذكر والأنثىٰ ، قال تعالىٰ : ﴿ وَأَصْلَحْنَا لَهُۥ زَوْجَهُۥٓ ﴾ .

(فلو فعل) ما مُنع منه من الشراء بأكثر من رأس المال وما بعده (. . لم يقع للمالك ، ويقع للعامل إن اشترىٰ في الذمة) لما مرَّ في (الوكالة) ، هـٰذا إذا لم يصرح بالسفارة ، فإن صرح بها . . فوجهان في « الكفاية »[(١)] .

واحترز بالذمة : عن العين ، فإنه باطل من أصله .

(ولا يسافر بالمال بلا إذن) وإن كان السفر قريباً ، والطريق آمناً ، ولا مؤنة فيه ؛ لما فيه من الخطر والتعرض للهلاك ، وإذا أذن له في السفر . . لم يركب البحر إلا بنصٍّ عليه ، قاله في « زيادة الروضة »[(٢)] .

(ولا ينفق منه علىٰ نفسه حَضَراً) لاقتضاء العرف ذلك (وكذا سفر في الأظهر) لأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به ، وقد يكون أكثر فيؤدي إلىٰ أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهو ينافي مقتضاه ، **والثاني** : ينفق ما يزيد بسبب السفر ؛ لأنه

---

(١) كفاية النبيه (١١/ ١٢٢) .
(٢) روضة الطالبين (٥/ ١٣٤) .

وَعَلَيْهِ فِعْلُ مَا يُعْتَادُ ؛ كَطَيِّ ٱلثَّوْبِ ، وَوَزْنُ ٱلْخَفِيفِ كَذَهَبٍ وَمِسْكٍ لاَ ٱلأَمْتِعَةِ ٱلثَّقِيلَةِ ، وَنَحْوُهُ . وَمَا لاَ يَلْزَمُهُ لَهُ ٱلِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ مِنَ ٱلرِّبْحِ بِٱلْقِسْمَةِ لاَ بِٱلظُّهُورِ . وَثِمَارُ ٱلشَّجَرِ وَٱلنِّتَاجُ وَكَسْبُ ٱلرَّقِيقِ وَٱلْمَهْرُ ٱلْحَاصِلَةُ مِنْ مَالِ ٱلْقِرَاضِ يَفُوزُ بِهَا ٱلْمَالِكُ ، وَقِيلَ : مَالُ قِرَاضٍ . . . .

حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض فأشبه حبس الزوجة ، بخلاف الحضر .

(**وعليه فعل ما يُعتاد ؛ كطي الثوب**) ونشره (**ووزن الخفيف ؛ كذهب ومسك**) لأن العرف قاض بذلك ، (**لا الأمتعةِ الثقيلة ، ونحوُه**) كنقل المتاع من الخان إلى الحانوت ؛ لجريان العرف بالاستئجار لذلك .

(**وما لا يلزمه له الاستئجار عليه**) من مال القراض ؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ، فلو تولاها بنفسه . . فلا أجرة له ، وله الاستئجار علىٰ ما يلزمه أيضاً ؛ كما صرح به الإمام[1] ، لكن الأجرة عليه .

(**والأظهر : أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور**) إذ لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال ، ولو كان شريكاً . . لكان النقصان الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما ، وليس كذلك ، بل الربح وقاية لرأس المال ، **والثاني** : أنه يملك بالظهور ؛ قياساً على المساقاة .

نعم ؛ لا يصحُّ تصرفه فيه علىٰ هـٰذا القول ؛ لأنه ليس بمستقر ، **وعلى الأول** : له فيه حقٌّ مؤكد ، فيورث عنه ، ويتقدم به على الغرماء .

ولو قسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد . . لم يحصل الاستقرار ، حتىٰ لو حصل بعده نقصان . . جبر بما أخذه العامل ، ويحصل الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة **على الأصحِّ** .

(**وثمار الشجر والنتاجُ وكسبُ الرقيق والمهرُ الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك**) لأنها ليست من فوائد التجارة ، (**وقيل : مال قراض**) لأن حصولها بسبب شراء العامل الأصل .

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٤٦١) .

وَٱلنَّقْصُ ٱلْحَاصِلُ بِٱلرُّخْصِ مَحْسُوبٌ مِنَ ٱلرِّبْحِ مَا أَمْكَنَ وَمَجْبُورٌ بِهِ ، وَكَذَا لَوْ تَلِفَ بَعْضُهُ بِآفَةٍ أَوْ غَصْبٍ أَوْ سَرِقَةٍ بَعْدَ تَصَرُّفِ ٱلْعَامِلِ فِي ٱلْأَصَحِّ ، فَإِنْ تَلِفَ قَبْلَ تَصَرُّفِهِ . . فَمِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ فِي ٱلْأَصَحِّ .

(**والنقص الحاصل بالرُّخص محسوب من الربح ما أمكن ، ومجبور به**) لاقتضاء العرف ذلك ، فنزل مطلق العقد عليه ، وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين .

(**وكذا لو تلف بعضه بآفة**) سماوية ؛ كالحرق ونحوه ، (**أو غصبٍ ، أو سرقة**) وتعذر أخذُ بدله (**بعد تصرف العامل في الأصحِّ**) لأنه نقصان حصل في المال ، فكان مجبوراً بالربح ؛ كالنقصان الحاصل بالتعيب ، وبانخفاض السوق ، **والثاني** : لا ؛ لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف الحاصل بانخفاض السوق ، فإنه متعلق بتجارته .

وظاهر كلامه : استواء المسألتين في جريان الخلاف ، والأكثرون قطعوا بالجبر في الآفة السماوية ، وخصوا الوجهين بما عداها ، **والفرق** : أن في الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلىٰ جبره بمال القراض ، بخلاف الآفة السماوية ، وأما إذا أخذ البدل . . فإن القراض مستمر فيه .

واحترز بقوله : (تلف بعضه) عن تلف كلِّه ، فإن القراض يرتفع ، وكذا لو أتلفه المالك ، وإن أتلفه أجنبي وأخذ بدله . . بقي القراض فيه ، وإن أتلفه العامل . . ارتفع القراض ، كما قاله الإمام(١) ، وقال الرافعي : **القياس** : أن المالك يقبضه منه ويبقىٰ فيه القراض(٢) .

(**وإن تلف قبل تصرفه . . فمن رأس المال في الأصحِّ**) لأن العقد لم يتأكد بالعمل ، **والثاني** : من الربح ؛ لأنه بقبض العامل صار مالَ قراض .

* * *

(١) نهاية المطلب (٧/ ٥٥٠) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٨) .

فَصْلٌ

[في بيان أن القراض جائز من الطرفين وحكم اختلاف العاقدين]

لِكُلٍّ فَسْخُهُ ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . ٱنْفَسَخَ ، وَيَلْزَمُ ٱلْعَامِلَ ٱلِاسْتِيفَاءُ إِذَا فَسَخَ أَحَدُهُمَا ، وَتَنْضِيضُ رَأْسِ ٱلْمَالِ إِنْ كَانَ عَرْضاً ، وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ ٱلتَّنْضِيضُ إِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ . وَلَوِ ٱسْتَرَدَّ ٱلْمَالِكُ بَعْضَهُ قَبْلَ ظُهُورِ رِبْحٍ وَخُسْرَانٍ . . رَجَعَ رَأْسُ ٱلْمَالِ إِلَى ٱلْبَاقِي . وَإِنِ ٱسْتَرَدَّ بَعْدَ ٱلرِّبْحِ . . فَٱلْمُسْتَرَدُّ شَائِعٌ رِبْحاً وَرَأْسَ مَالٍ ؛ مِثَالُهُ : رَأْسُ ٱلْمَالِ مِئَةٌ وَٱلرِّبْحُ عِشْرُونَ وَٱسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَٱلرِّبْحُ سُدُسُ ٱلْمَالِ ، فَيَكُونُ ٱلْمُسْتَرَدُّ سُدُسُهُ مِنَ ٱلرِّبْحِ ، فَيَسْتَقِرُّ لِلْعَامِلِ ٱلْمَشْرُوطُ مِنْهُ ، وَبَاقِيهِ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ . . . .

(**فصل : لكلٍّ فسخه**) لأنه في ابتدائه وكالة ، وفي انتهائه إما شركة وإما جعالة ، وكلُّها عقود جائزة .

(**ولو مات أحدهما ، أو جُنَّ ، أو أغمي عليه . . انفسخ**) كالوكالة ، (**ويلزم العامل الاستيفاء**) أي : استيفاء الدين (**إذا فسخ أحدهما**) ليردَّ كما أخذ .

(**وتنضيض رأس المال إن كان عرضاً**) أي : بيعه بالناض ، وهو النقد لما قلناه ، (**وقيل : لا يلزمه التنضيض إن لم يكن ربح**) لأن غرض البيع أن يظهر الربح ؛ ليصل العامل إلىٰ حقِّه منه ، فإذا لم يكن ربح وارتفع العقد . . لم يحسن تكليفه بلا زيادة فائدة ، **والأصحُّ** : الأول ؛ لما سلف .

(**ولو استرد المالك بعضه قبل ظهور ربحٍ وخسران . . رجع رأس المال إلى الباقي**) لأنه لم يترك في يده غيره ، فصار كما لو اقتصر في الابتداء علىٰ إعطائه له .

(**وإن استرد بعد الربح . . فالمستَرَدُّ شائعٌ ربحاً ورأسَ مال**) لعدم التمييز (**مثاله : رأس المال مئة ، والربح عشرون ، واسترد عشرين . . فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسَه من الربح ، فيستقر للعامل المشروط منه ، وباقيه من رأس المال**) حتىٰ يستقر للعامل في هـٰذا المثال درهم وثلثان إن شرط له . . نُصِّف الربح ؛ لأن ما جعلناه ربحاً وهو سدس العشرين هو ثلاثة وثلث ، فيستقر له نصفها ، وهو درهم وثلثان حتىٰ لا يسقط بالخسران الواقع بعده، فلو عاد ما في يده إلىٰ ثمانين . . لم يسقط نصيب

وَإِنِ ٱسْتَرَدَّ بَعْدَ ٱلْخُسْرَانِ . . فَٱلْخُسْرَانُ مُوَزَّعٌ عَلَى ٱلْمُسْتَرَدِّ وَٱلْبَاقِي ، فَلاَ يَلْزَمُ جَبْرُ حِصَّةِ ٱلْمُسْتَرَدِّ لَوْ رَبِحَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ مِثَالُهُ : ٱلْمَالُ مِئَةٌ وَٱلْخُسْرَانُ عِشْرُونَ ثُمَّ ٱسْتَرَدَّ عِشْرِينَ . . فَرُبُعُ ٱلْعِشْرِينَ حِصَّةُ ٱلْمُسْتَرَدِّ ، وَيَعُودُ رَأْسُ ٱلْمَالِ إِلَىٰ خَمْسَةٍ وَسَبْعِينَ . وَيُصَدَّقُ ٱلْعَامِلُ بِيَمِينِهِ فِي قَوْلِهِ : (لَمْ أَرْبَحْ) ، أَوْ (لَمْ أَرْبَحْ إِلاَّ كَذَا) ، أَوِ (ٱشْتَرَيْتُ هَـٰذَا لِلْقِرَاضِ أَوْ لِي) ، أَوْ (لَمْ تَنْهَنِي عَنْ شِرَاءِ كَذَا) ، وَفِي قَدْرِ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَدَعْوَى ٱلتَّلَفِ ، وَكَذَا دَعْوَى ٱلرَّدِّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي ٱلْمَشْرُوطِ لَهُ . . تَحَالَفَا ، . . . .

العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلثي درهم ، ويردُّ الباقي ، وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلث درهم .

(**وإن استرد بعد الخسران . . فالخسران موزع على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبرُ حصة المسترد لو ربح بعد ذلك**) لأنه لو ردَّ الكلَّ بعد الخسران . . لم يلزمه شيء ، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد ، وحصته من الخسران .

(**مثاله : المال مئة ، والخسران عشرون ، ثم استرد عشرين . . فربع العشرين حصة المسترد ، ويعود رأس المال إلىٰ خمسة وسبعين**) لأن الخسران إذا وزعناه على الثمانين . . خص كلّ عشرين خمسة ، والعشرون المستردة حصتُها خمسة ، فيبقىٰ ما ذكره ، فلو ربح بعد ذلك شيئاً . . قسم بينهما علىٰ ما شرطاه .

(**ويصدق العامل بيمينه في قوله : « لم أربح » ، أو « لم أربح إلا كذا »**) لأن الأصل معه ، (**« أو اشتريت هـٰذا للقراض أو لي »**) لأنه أعرف بقصده ، (**أو « لم تنهني عن شراء كذا »**) لأن الأصل عدمُ النهي .

(**وفي قدر رأس المال**) لأن الأصل عدمُ دفع الزيادة ، (**ودعوى التلف**) كالوكيل والمودع ، فإن ذكر سبب التلف . . كان على التفصيل المذكور في الوديعة .

(**وكذا دعوى الردِّ في الأصحِّ**) لأنه أمين ، فأشبه المودع ، والثاني : لا ؛ كالمرتهن .

(**ولو اختلفا في المشروط له**) بأن قال : (شرطت لي النصف) ، فقال : (بل الثلث) (**. . تحالفا**) لأنهما اختلفا في عوض العقد ، فأشبه اختلافَ المتبايعين في الثمن .

وَلَهُ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ .

(**وله أجرة المثل**) مقابلة لعمله ، وكلامه يشعر بأن العقد ينفسخ بمجرد التحالف ، وبه صرح الروياني ، لكن في « زيادة الروضة » عن « البيان » من غير مخالفة أن حكمه حكم البيع[1] ، قال الإسنوي : **وهو القياس** .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٥/١٤٦) .

كتاب المساقاة

تَصِحُّ مِنْ جَائِزِ ٱلتَّصَرُّفِ ، وَلِصَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ بِٱلْوِلاَيَةِ . وَمَوْرِدُهَا : ٱلنَّخْلُ وَٱلْعِنَبُ ، وَجَوَّزَهَا ٱلْقَدِيمُ فِي سَائِرِ ٱلأَشْجَارِ ٱلْمُثْمِرَةِ . . . .

(كتاب المساقاة)

هي : أن يُدفع الشجر إلىٰ من يتعاهدها بجزء من الثمرة .

مشتقة من السقي ـ بسكون القاف ـ الذي هو أهم أشغالها .

والأصل فيها قبل اتفاق الصحابة والتابعين : (أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع) متفق عليه[١] .

(**تصحُّ من جائز التصرف**) لأنها معاملة على المال ؛ كالقراض ، (**ولصبي ومجنون**) وسفيه (**بالولاية**) عند المصلحة ، للاحتياج إلىٰ ذلك .

(**ومَوردها : النخل والعنب**) أما النخل : فللحديث المارِّ[٢] ، وأما العنب : فبالقياس ، بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص ، وقيل : بالنصِّ ، ففي الحديث : (من كرم ونخل) ، ذكره صاحب « البحر »[٣] **وهو غريب** .

(**وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة**) كالتين والتفاح ؛ للحديث المار : (من ثمرٍ أو زرع) ، وهو عام في كلِّ ثمر ، ولعموم الحاجة ؛ كالنخل والعنب ، واختاره المصنف في « تصحيح التنبيه »[٤] ، **والجديد** : المنع ؛ إذ لا زكاة في ثمرها ، فأشبهت غير المثمر .

والفرق : أن ثمار النخل والعنب لا تنمو إلا بالعمل ، وغيرها ينمو من غير تعهد ، هـٰذا إذا أفردت ، فإن ساقىٰ عليها تبعاً لنخل أو عنب . . **فالأصح في « زوائد الروضة »**

---

(١) صحيح البخاري (٢٣٢٨) ، صحيح مسلم (١٥٥١) عن ابن عمر رضي الله عنهما ، في غير (أ) : (عامل أهل خيبر علىٰ نخلها وأرضها) ، وهـٰذه الزيادة موافقة لرواية مسلم (١٥٥١/٥) .

(٢) ليس في الحديث المار تعرض للنخل فليحرر . اهـ هامش (أ) ، وهـٰذا بناء علىٰ ما في النسخة (أ) .

(٣) بحر المذهب (٧/ ١١٨) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٣٧٣) .

وَلاَ تَصِحُّ ٱلْمُخَابَرَةُ ، وَهِيَ : عَمَلُ ٱلأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَٱلْبَذْرُ مِنَ ٱلْعَامِلِ ، وَلاَ ٱلْمُزَارَعَةُ ، وَهِيَ : هَـٰذِهِ ٱلْمُعَامَلَةُ ، وَٱلْبَذْرُ مِنَ ٱلْمَالِكِ . . . .

في آخر (المزارعة) : الجواز ، كما تجوز المزارعة تبعاً للمساقاة[1] .

واحترز المصنف بـ(الأشجار) : عما لا ساق له ؛ كالبطيخ وقصب السكر ، فلا تجوز المساقاة عليهما قطعاً ، **وبـ(المثمرة)** : عما لا يثمر ؛ كالدُّلْبِ[2] ، فلا تجوز عليه قطعاً ، **وقيل** : في الخِلَاف وجهان ؛ إلحاقاً لأغصانه بالثمرة .

ويشترط : أن تكون الأشجار معينة مرئية .

(ولا تصحُّ المخابرة ، وهي : عمل الأرض ببعض ما يخرج منها ، والبَذْر من العامل ، ولا المزارعة ، وهي : هـٰذه المعاملة ، والبَذْر من المالك) لصحة النهي عنهما[3] .

والمعنىٰ فيه : أن تحصيل منفعة الأرض ممكن بالإجارة ، فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها ؛ كالمواشي ، بخلاف الشجر ، فإنه لا يمكن عقدُ الإجارة عليه ، فجوزت المساقاة للحاجة .

واختار المصنف في « الروضة » جوازَهما تبعاً لابن المنذر والخطابي وغيرهما ؛ للحاجة إليهما[4] ، وتأويلَ الأحاديث علىٰ ما إذا شرط لواحدٍ زرع قطعةٍ معينة ولآخر أخرىٰ .

وتفسيره المخابرة بعمل الأرض لا يستقيم ؛ فإن العمل من وظيفة العامل ، فلا يفسر العقد به ، وعبارة « الروضة » و« أصلها » المعاملة على الأرض[5] ، وهي واضحة .

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ١٧٢) .

(٢) قال في « العجالة » [٢/ ٩٢١] : كالصنوبر ، وهو عجيب . اهـ هامش (أ) .

(٣) أما حديث المخابرة . . فأخرجه مسلم (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، وأما حديث المزارعة . . فهو عند مسلم أيضاً برقم (١٥٤٩) عن ثابت بن الضحاك رضي الله عنه .

(٤) روضة الطالبين (٥/ ١٦٨) .

(٥) روضة الطالبين (٥/ ١٦٨) ، والشرح الكبير (٦/ ٥٤) .

فَلَوْ كَانَ بَيْنَ ٱلنَّخْلِ بَيَاضٌ . . صَحَّتِ ٱلْمُزَارَعَةُ عَلَيْهِ مَعَ ٱلْمُسَاقَاةِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِشَرْطِ : ٱتِّحَادِ ٱلْعَامِلِ ، وَعُسْرِ إِفْرَادِ ٱلنَّخْلِ بِٱلسَّقْيِ وَٱلْبَيَاضِ بِٱلْعِمَارَةِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَلاَّ يُفْصَلَ بَيْنَهُمَا ، وَأَلاَّ تُقَدَّمَ ٱلْمُزَارَعَةُ ، وَأَنَّ كَثِيرَ ٱلْبَيَاضِ كَقَلِيلِهِ ، وَأَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ تَسَاوِي ٱلْجُزْءِ ٱلْمَشْرُوطِ مِنَ ٱلثَّمَرِ وَٱلزَّرْعِ ، ....

(**فلو كان بين النخل**) أو العنب (**بياض . . صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل**) تبعاً للمساقاة ؛ لعسر الإفراد ، ومداخلة البستان ، وعليه حمل معاملة أهل خيبر السالفة .

(**بشرط : اتحاد العامل**) لأن إفراد المزارعة بعامل يخرجها عن كونها تابعة ، (**وعسر إفراد النخل بالسقي والبياضِ بالعمارة**) لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ، والمراد بالعسر هنا : التعذر ، فإن أمكن الإفراد . . فلا تصح ؛ لانتفاء الحاجة المجوزة لها .

(**والأصحُّ : أنه يشترط : ألا يفصل بينهما**) أي : بين المساقاة والمزارعة التابعة ، بل يأتي بهما على الاتصال ؛ لتحصل التبعية ، فلو قال : (ساقيتك على النصف) فقبل[1] ، ثم زارعه على البياض . . لم تصحَّ المزارعة ؛ لأن تعدد العقد يزيل التبعية ، **والثاني** : يصحُّ ؛ لحصولهما لشخص واحد ، فأشبه جمعهما في العقد .

(**وألا تقدم المزارعة**) على المساقاة ؛ لأنها تابعة ، والتابع لا يتقدم علىٰ متبوعه ، **والثاني** : تنعقد موقوفةً ، فإن ساقاه بعدها . . بانت صحتها ، وإلا . . فلا .

(**وأن كثير البياض كقليله**) للحاجة ، **والثاني** : لا ؛ لأن الأكثر متبوعٌ لا تابع ، والنظر في الكثرة إلىٰ مساحة البياض ومغارس الشجر **على الأصحِّ** .

(**وأنه لا يشترط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع**) بل يجوز أن يشترط للعامل نصف الزرع وربع الثمر مثلاً ؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً ، فكلٌّ منهما عقد برأسه ، **والثاني** : يشترط ؛ لأن التفاضل يزيل التبعية ، وصححه المصنف في « نكت التنبيه » .

---

(١) في (ب) و(د) : (ساقيتك على النخل) ، وانظر « نهاية المحتاج » (٥/٢٤٨ـ٢٤٩) .

وَأَنَّهُ لاَ يَجُوزُ أَنْ يُخَابِرَ تَبَعاً لِلْمُسَاقَاةِ . فَإِنْ أُفْرِدَتْ أَرْضٌ بِٱلْمُزَارَعَةِ . . فَٱلْمَغَلُّ لِلْمَالِكِ، وَعَلَيْهِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ وَدَوَابِّهِ وَآلاَتِهِ ، وَطَرِيقُ جَعْلِ ٱلْغَلَّةِ لَهُمَا وَلاَ أُجْرَةَ : أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ ٱلْبَذْرِ لِيَزْرَعَ لَهُ ٱلنِّصْفَ ٱلآخَرَ وَيُعِيرَهُ نِصْفَ ٱلأَرْضِ ، أَوْ يَسْتَأْجِرَهُ بِنِصْفِ ٱلْبَذْرِ وَنِصْفِ مَنْفَعَةِ ٱلأَرْضِ لِيَزْرَعَ لَهُ ٱلنِّصْفَ ٱلآخَرَ فِي ٱلنِّصْفِ ٱلآخَرِ مِنَ ٱلأَرْضِ .

فَصْلٌ

[فيما يشترط في عقد المساقاة]

يُشْتَرَطُ تَخْصِيصُ ٱلثَّمَرِ بِهِمَا ، . . . .

(**وأنه لا يجوز أن يخابر تبعاً للمساقاة**) لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خيبر[1] ، والمزارعة في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيها إلا العمل ، بخلاف المخابرة ، فإنه يكون عليه العمل والبَذْر ، **والثاني** : يجوز ؛ كالمزارعة .

(**فإن أفردت أرض بالمزارعة . . فالمَغَلُّ للمالك**) لأنه نماء ملكه (**وعليه للعامل أجرة عمله ودوابِّه وآلاتِهِ**) إن كانت له ؛ لبطلان العقد ، وعمله لا يحبط مجّاناً ، فإن أفردت بالمخابرة . . فالعقد باطل ، والمَغَلُّ للعامل ، ولمالك الأرض أجرةُ مثلها .

(**وطريق جعل الغَلَّة لهما ولا أجرة : أن يستأجره بنصف البَذْر ليزرع له النصف الآخرَ**) من البذر في نصف الأرض مشاعاً (**ويعيره نصف الأرض ، أو يستأجره بنصف البَذْر ونصفِ منفعةِ الأرضِ ليزرع النصف الآخر**) من البَذْر (**في النصف الآخر من الأرض**)

والفرق بين الطريقين : أنه في الأول جعل الأجرة عيناً ، وفي الثاني : عيناً ومنفعة ، هـٰذا إذا كان البَذْر من المالك ، فإن كان من العامل . . فطريقه : أن يستأجر نصف الأرض بنصف البَذْر ونصف عمله ونصف منفعة الآلات .

* * *

(**فصل : يشترط : تخصيص الثمر بهما**) فلو شرطا بعض الثمرة لثالث . . فسدت المساقاة ؛ لما سبق في (القراض) .

---

(١) سبق تخريجه (ص ٣٨١) .

وَٱشْتِرَاكُهُمَا فِيهِ ، وَٱلْعِلْمُ بِٱلنَّصِيبَيْنِ بِٱلْجُزْئِيَّةِ كَٱلْقِرَاضِ . وَٱلأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْمُسَاقَاةِ بَعْدَ ظُهُورِ ٱلثَّمَرَةِ ، لَـٰكِنْ قَبْلَ بُدُوِّ ٱلصَّلاَحِ . وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَىٰ وَدِيٍّ لِيَغْرِسَهُ وَيَكُونَ ٱلشَّجَرُ لَهُمَا . . لَمْ يَجُزْ ، وَلَوْ كَانَ مَغْرُوساً وَشَرَطَ لَهُ جُزْءاً مِنَ ٱلثَّمَرِ عَلَى ٱلْعَمَلِ ؛ فَإِنْ قَدَّرَ مُدَّةً يُثْمِرُ فِيهَا غَالِباً . . صَحَّ ، . . . .

وعبارة « الكتاب » مقلوبة ، **والصواب** : تخصيصهما بالثمرة ؛ كما عبر به في (القراض) .

(**واشتراكهما فيه**) فلو قال : (علىٰ أن كلَّ الثمرة لك) ، أو (لي) . . فسد العقد ، ويستحق الأجرةَ في الأولىٰ دون الثانية **على الأصحِّ** فيهما .

(**والعلم بالنصيبين بالجزئية**) كالنصف والثلث ، فلو قال : (ساقيتك علىٰ أن لك جزءاً من الثمرة) . . فسدت ، ونبه بالجزئية علىٰ أنه لا يكفي التقدير بمئة رطل ، أو ثمرة شجرات معينة (**كالقراض**) في جميع ما سبق ، فلو قال : (علىٰ أن تكون الثمرة بيننا) ، أو (علىٰ أن لك النصف) . . صحت ، دون : (لي النصف) .

(**والأظهر : صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة**) لأنه أبعدُ عن الغرر ؛ للوثوق بالثمار ، فهو أولىٰ بالجواز ، **والثاني** : لا تصحُّ ؛ لفوات بعض الأعمال ، وصححه جمع ، وقال الماوردي : **إنه المشهور من مذهب الشافعي** ، **والأصح** علىٰ أصله[1] .

(**لكن**) القول بالصحة محلُّه (**قبل بدو الصلاح**) لبقاء معظم العمل ، أما بعده . . **فالأصحُّ** : القطع بالمنع ؛ لفوات معظم الأعمال .

(**ولو ساقاه علىٰ وَديٍّ**) غير مغروس (**ليغرسه ويكونَ الشجر لهما** . . **لم يجز**) إذ لم ترد المساقاة علىٰ أصل ثابت ، فكان بمثابة قوله : (بع هـٰذه العروض ، وقد قارضتك علىٰ أثمانها إذا نضت) .

والودي بفتح الواو ، وكسر الدال المهملة ، وتشديد الياء : صغار النخل .

(**ولو كان**) الوَديُّ (**مغروساً وشرط له جزءاً** من **الثمر على العمل** ؛ **فإن قَدَّر مدة يثمر فيها غالباً** . . **صحَّ**) ولا يضر كونُ أكثر المدة لا ثمر فيها ؛ كما لو ساقاه عشر

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ١٦٦) .

وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَقِيلَ : إِنْ تَعَارَضَ ٱلِاحْتِمَالُ . . صَحَّ . وَلَهُ مُسَاقَاةُ شَرِيكِهِ فِي ٱلشَّجَرِ إِذَا شَرَطَ لَهُ زِيَادَةً عَلَىٰ حِصَّتِهِ . وَيُشْتَرَطُ أَلاَّ يَشْرِطَ عَلَى ٱلْعَامِلِ مَا لَيْسَ مِنْ جِنْسِ أَعْمَالِهَا ، وَأَنْ يَنْفَرِدَ بِٱلْعَمَلِ وَبِٱلْيَدِ فِي ٱلْحَدِيقَةِ ، وَمَعْرِفَةُ ٱلْعَمَلِ بِتَقْدِيرِ ٱلْمُدَّةِ كَسَنَةٍ أَوْ أَكْثَرَ ، . . .

سنين ، والثمرةُ يغلب وجودها في العاشرة خاصة ، فإن لم يثمر فيها . . حبط عمله ؛ كما لو قارضه . . فلم يربح ، أو ساقاه علىٰ مثمر . . فلم يثمر .

(**وإلا . . فلا**) أي : وإن قَدَّر مدة لا يثمر فيها غالباً . . لم يصحَّ ، لخلوها عن العوض ؛ كالمساقاة على الأشجار التي لا تثمر .

(**وقيل : إن تعارض الاحتمال**) أي : احتمال الإثمار وعدمه ، وليس أحدهما أظهر (**. . صحَّ**) كالقراض ، فإن الربح محتملُ الحصول ، فإن أثمرت . . استحق ، وإلا . . فلا شيء له ، **والأصحُّ** : المنع ؛ لأنه عقدٌ علىٰ عوض غيرِ موجود ، ولا الظاهرِ وجوده ، فأشبه السلم فيما لا يوجد غالباً .

(**وله مساقاة شريكه في الشجر إذا شرط له زيادة علىٰ حصته**) كما إذا كانت بينهما نصفين وشرط له ثلثي الثمرة ليكون السدس عوض عمله ، وسواء قلَّت الزيادة أم كثرت ؛ كالأجنبي ، فإن شرط له مثل مقدار نصيبه ، أو دونه . . لم يصحَّ ؛ إذ لا عوض ؛ لاستحقاقه ذلك بالملك ، فإن عمل . . فلا أجرة له على **الأصحِّ** .

(**ويشترط**) لصحة المساقاة (**ألا يَشرِط على العامل ما ليس من جنس أعمالها**) التي جرت عادة العامل بعملها ؛ كما لو شرط أن يبني له جدرانَ الحديقة ، فإن فعل ذلك . . لم يصحَّ ؛ لأنه استئجار بعوض مجهول ، واشتراط عقد في عقد .

(**وأن ينفرد بالعمل**) فلو شرط عمل المالك معه . . فسد .

نعم ؛ لو شرط أن يعمل معه غلام المالك المعروف برؤية أو وصف . . جاز على **المذهب** إذا لم يشرط اشتراكهما في التدبير ، فإن شرط ذلك ، ويعملان ما اتفقا عليه . . لم يجز قطعاً .

(**وباليد في الحديقة**) ليتمكن من العمل متىٰ شاء ، فلو شرط كونها في يد المالك ، أو في يدهما . . لم يصحَّ .

(**ومعرفةُ العمل**) جملةً لا تفصيلاً (**بتقدير المدة ؛ كسنة أو أكثر**) إلىٰ مدة

وَلاَ يَجُوزُ ٱلتَّوْقِيتُ بِإِدْرَاكِ ٱلثَّمَرَةِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَصِيغَتُهَا : (سَاقَيْتُكَ عَلَىٰ هَـٰذَا ٱلنَّخْلِ بِكَذَا) ، أَوْ (سَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ لِتَتَعَهَّدَهُ) . وَيُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ دُونَ تَفْصِيلِ ٱلأَعْمَالِ ، وَيُحْمَلُ ٱلْمُطْلَقُ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ عَلَى ٱلْعُرْفِ ٱلْغَالِبِ . وَعَلَى ٱلْعَامِلِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِصَلاَحِ ٱلثَّمَرِ وَٱسْتِزَادَتِهِ مِمَّا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كَسَقْيٍ وَتَنْقِيَةِ نَهْرٍ وَإِصْلاَحِ ٱلأَجَاجِينِ ٱلَّتِي يَثْبُتُ فِيهَا ٱلْمَاءُ وَتَلْقِيحٍ وَتَنْحِيَةِ حَشِيشٍ وَقُضْبَانٍ مُضِرَّةٍ ، وَتَعْرِيشٍ جَرَتْ بِهِ عَادَةٌ ، . . . .

تبقىٰ فيها العين للاستغلال .

وأقلُّ مدتها : ما تطلع فيه الثمرة وتستغني عن العمل ، فلا تصحُّ مطلقةً ، ولا مؤبدةً ؛ لأنها عقد لازم فأشبهت الإجارة .

(**ولا يجوز التوقيت بإدراك الثمرة في الأصحِّ**) لجهالته بالتقديم تارة ، وبالتأخير أخرىٰ ، **والثاني** : يجوز ؛ لأنه المقصودُ في العقد .

(**وصيغتها** : « **ساقيتك علىٰ هـٰذا النخل**) أو العنب (**بكذا** ») من الثمرة ؛ لأنه الموضوع لها (**أو** « **سلمته إليك لتتعهده** ») لأدائه معناه ، وينعقد بكلِّ لفظ يؤدي معنى المساقاة ؛ كقوله : (اعمل علىٰ هـٰذا النخل) ، أو (تعهد نخلي بكذا) .

(**ويشترط** : **القبول**) للزومها ؛ كالإجارة (**دون تفصيل الأعمال**) فلا يشترط التعرض له .

(**ويحمل المطلق في كلِّ ناحية على العرف الغالب**) إذ المرجع في مثله إلى العرف .

(**وعلى العامل**) عند الإطلاق (**ما يُحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته مما يتكرر كلَّ سنة ؛ كسقي**) إن لم يشرب بعروقه ، (**وتنقية نهر ، وإصلاح الأجاجين التي يثبت فيها الماء ، وتلقيح ، وتنحية حشيش ، وقُضبان مضرة**) لاقتضاء العرف ذلك .

والأجاجين : الحفر التي تحفر حول النخلة ليثبت فيها الماءَ شِبه الإجَّانَة التي يُغسَّلُ فيها ، **والتلقيح** : وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث .

أما الطلع الذي يلقح . . فهو على المالك .

وإنما اعتبرنا التكرار ؛ لأن ما لا يتكرر يبقىٰ أثره بعد فراغ المساقاة ، وتكليفه العامل إجحاف به .

(**وتعريشٍ جرت به عادة**) أي : وعليه إصلاح العريش في البلاد التي جرت العادة

وَكَذَا حِفْظُ ٱلثَّمَرِ وَجَذَاذُهُ وَتَجْفِيفُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ ٱلأَصْلِ وَلاَ يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ ؛ كَبِنَاءِ ٱلْحِيطَانِ وَحَفْرِ نَهْرٍ جَدِيدٍ . . فَعَلَى ٱلْمَالِكِ . وَٱلْمُسَاقَاةُ لاَزِمَةٌ ، . . . . . .

فيها بطرح الكروم على العريش عملاً بالعادة .

(**وكذا حفظ الثمر**) على النخل ، وفي الجرين من السرقة والطيور والزنابير .

(**وجُذاذه وتجفيفه في الأصحِّ**) **أما في الأولىٰ** : فكحفظ مال القراض ، فإن لم يحفظه بنفسه . . فمؤنة من يحفظه عليه ، **ومقابله** : أن الحفظ عليهما علىٰ نسبة مِلكيهما في الثمرة ؛ لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة **الثمر** وتنميته ، قال الرافعي : **وهو الأقيس**(١) .

وأما في الثانية وهي جُذاذه وتجفيفه . . فلأن الصلاح به يحصل ، **ومقابله** : أنه على المالك ؛ لوقوعه بعد كمال الثمار .

وقيد في « الروضة » تبعاً لـ« أصلها » الوجوب في التجفيف بما إذا جرت به العادةُ أو شرطاه ، وصرح به الماوردي في الجُذاذ(٢) .

(**وما قصد به حفظ الأصل ، ولا يتكرر كلَّ سنة ؛ كبناء الحيطان ، وحفر نهر جديد . . فعلى المالك**) لاقتضاء العرف ذلك .

وقوله : (كبناء الحيطان) قد يوهم أن سدَّ الثُّلَم اليسيرة التي تحصل في الحيطان ليست على المالك ، **والأصحُّ في** « **أصل الروضة** » : اتباعُ العرف فيها ، وفي وضع الشوك علىٰ رؤوس الجدران(٣) ، وصحح السبكي في الثُّلَم أنها على المالك ، وقال : **إنه المنصوص عليه في** « **الأم** » .

وقوله : (وحفر نهر جديد) يوهم أن ما ينهار من النهر ليس على المالك ، وليس كذلك .

(**والمساقاة لازمة**) من الجانبين ؛ كالإجارة .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٦٩) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ١٥٩) ، والشرح الكبير (٦/ ٦٩) ، والحاوي الكبير (٩/ ١٧٩) .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ١٦٠) .

فَلَوْ هَرَبَ ٱلْعَامِلُ قَبْلَ ٱلْفَرَاغِ وَأَتَمَّهُ ٱلْمَالِكُ مُتَبَرِّعاً . . بَقِيَ ٱسْتِحْقَاقُ ٱلْعَامِلِ ، وَإِلاَّ . . ٱسْتَأْجَرَ ٱلْحَاكِمُ عَلَيْهِ مَنْ يُتِمُّهُ . وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ٱلْحَاكِمِ . . فَلْيُشْهِدْ عَلَى ٱلإِنْفَاقِ إِنْ أَرَادَ ٱلرُّجُوعَ . وَلَوْ مَاتَ وَخَلَّفَ تَرِكَةً . . أَتَمَّ ٱلْوَارِثُ ٱلْعَمَلَ مِنْهَا ، وَلَهُ أَنْ يُتِمَّ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَالِهِ . . . .

(**فلو هرب العامل قبل الفراغ وأتمه المالك متبرعاً . . بقي استحقاق العامل**) كتبرع الأجنبي بأداء الدين .

(**وإلا**) أي : وإن لم يتبرع المالك بإتمامه (. . **استأجر الحاكم عليه من يُتمُّه**) بعد إثبات المساقاةِ والهربِ عنده ، وتعذر إحضاره ؛ لأنه واجب عليه ، فالقاضي ينوب عنه فيه .

هـٰذا إذا كان له مال ومنه الثمرة المؤبرة . . فإنه يبيع نصيبه فيها ، فإن لم يكن له مال . . اقترض عليه إن لم يجد من يستأجره بأجرة مؤجلة مدةَ إدراك الثمر ، والاقتراض يكون من بيت المال ، أو من أجنبي ، أو من المالك ، **وقيل** : بالترتيب هـٰكذا .

(**وإن لم يقدر**) المالك (**على الحاكم**) بأن كان فوق مسافة العدوىٰ ، أو حاضراً ولم يُجبه إلىٰ ما التمسه (. . **فليشهد على الإنفاق إن أراد الرجوع**) لأن الإشهاد في حال العذر كالحكم ، فإن لم يُشهد . . لم يرجع ؛ لظهور التبرع ، ولو لم يُمكنه الإشهاد . . لم يرجع أيضاً **على الأصحِّ** ؛ لأنه عذر نادر .

وقوله : (على الإنفاق) مثال ، فإن الحكم كذلك إذا عمل بنفسه ليرجع .

والمعتبر : أن يُشهد على العمل ، أو الاستئجار وبذل الأجرة بشرط الرجوع ، فإن لم يتعرض للرجوع . . فكأنه لم يشهد .

(**ولو مات**) العامل قبل العمل (**وخَلَّف تركة . . أتم الوارثُ العمل منها**) لأنه حقٌّ وجب علىٰ مُورِّثه ، فيؤدَّىٰ من تركته ؛ كغيره ، فإن امتنع . . استأجر الحاكم عليه .

هـٰذا إذا كانت على الذمة ، فإن كانت على العين . . انفسخت بالموت ؛ كالأجير المعين .

(**وله أن يُتم**) **العمل** (**بنفسه أو بماله**) إن اختار ولا يُجبَر عليه ؛ لأن منافعه لنفسه .

وَلَوْ ثَبَتَتْ خِيَانَةُ عَامِلٍ . . ضُمَّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَفَّظْ بِهِ . . ٱسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ عَامِلٌ . وَلَوْ خَرَجَ ٱلثَّمَرُ مُسْتَحَقّاً . . فَلِلْعَامِلِ عَلَى ٱلْمُسَاقِي أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ .

(ولو ثبتت خيانة عامل) بإقراره ، أو بينة ، أو يمين مردودة (. . ضُمَّ إليه مشرف) ولا تزال يده ؛ لأن العمل حقٌّ عليه ، ويمكن استيفاؤه منه بهٰذا الطريق ، فتعين جمعاً بين الحقين ؛ كما إذا تعدى المرتهن في الرهن . . فإنه يوضع عند عدل ، ولا يبطل حقُّه .

(فإن لم يتحفظ) العامل (به) أي : بالمشرف (. . استؤجر من ماله عامل) لتعذر استيفاء العمل الواجب عليه منه ، والقدرة عليه بهٰذا الطريق .

(ولو خرج الثمر مستحقاً) لغير المساقي (. . فللعامل على المُساقي أجرة المثل) لأنه فوت عليه منافعَه بعوض فاسد فيرجع ببدله .

هٰذا إذا كان قد عمل جاهلاً بالحال ، فإن علم . . فلا شيء له قطعاً .

* * *

كتاب الإجارة

شَرْطُهُمَا كَبَائِعٍ وَمُشْتَرٍ . وَٱلصِّيغَةُ : (أَجَّرْتُكَ هَـٰذَا) ، أَوْ (أَكْرَيْتُكَ) ، أَوْ (مَلَّكْتُكَ مَنَافِعَهُ سَنَةً بِكَذَا) ، فَيَقُولُ : (قَبِلْتُ) أَوِ (ٱسْتَأْجَرْتُ) أَوِ (ٱكْتَرَيْتُ) . وَٱلأَصَحُّ : ٱنْعِقَادُهَا بِقَوْلِهِ : (أَجَّرْتُكَ مَنْفَعَتَهَا) ، ....

(كتاب الإجارة)

هي بكسر الهمزة في المشهور ، وحكي الضم والفتح ، **وهي لغة** : اسم للأجرة ، ثم اشتهرت في العقد ، **وشرعاً** : عقد علىٰ منفعة مقصودة معلومة قابلة للبَذل[1] والإباحة بعوض معلوم ، قاله ابن الرفعة[2] .

واحترز بقوله : (قابلة للبذل والإباحة) عن منفعة البُضْع ، **وبقوله** : (بعوض معلوم) عن المساقاة ؛ لجهالة العوض فيها .

وأورد عليه : الجُعالة علىٰ عمل معلوم ، والمساقاة علىٰ ثمرة موجودة .

(**شرطهما**) أي : المؤجِّر والمستأجر (**كبائع ومشترٍ**) من التكليف والاختيار ؛ لأنها صنف من البيع .

(**والصيغة : « أجرتك هـٰذا » ، أو « أكريتك »**) هـٰذا (**أو « ملكتك منافعه سنةً بكذا »**) أما الأوليان فمجمع عليهما ، وأما الثالثة : ففيها وجه (**فيقول :**) على الاتصال (**« قبلت » ، أو « استأجرت » ، أو « اكتريت »**) لأنها بيع فلا بدَّ فيها من الإيجاب والقبول .

ونقل في (كتاب البيع) من « شرح المهذب » عن المتولي وآخرين أن الخلاف في المعاطاة في البيع جارٍ هنا ، وفي الرهن والهبة[3] .

وصورة المعاطاة هنا : أن يتفقا علىٰ شيء ، ثم يتقابضا عقِبَه بلا عقد .

(**والأصحُّ : انعقادها بقوله : « أجرتك منفعتها »**) كما لو قال : (أجرتكها) ،

---

(١) في النسخ : (للبدل) ، ولعل الصواب ما أثبت كما في « نهاية المحتاج » (٥/ ٢٦١) .

(٢) كفاية النبيه (١١/ ٢٠٢) .

(٣) المجموع (٩/ ١٥٦) .

وَمَنْعُهَا بِقَوْلِهِ : (بِعْتُكَ مَنْفَعَتَهَا) . وَهِيَ قِسْمَانِ : وَارِدَةٌ عَلَىٰ عَيْنٍ كَإِجَارَةِ ٱلْعَقَارِ وَدَابَّةٍ أَوْ شَخْصٍ مُعَيَّنَيْنِ . وَعَلَى ٱلذِّمَّةِ كَٱسْتِئْجَارِ دَابَّةٍ مَوْصُوفَةٍ ، وَبِأَنْ يُلْزِمَ ذِمَّتَهُ خِيَاطَةً أَوْ بِنَاءً . وَلَوْ قَالَ : (ٱسْتَأْجَرْتُكَ لِتَعْمَلَ كَذَا) . . فَإِجَارَةُ عَيْنٍ ، وَقِيلَ : ذِمَّةٍ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ : تَسْلِيمُ ٱلأُجْرَةِ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَإِجَارَةُ ٱلْعَيْنِ لاَ يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِيهَا ، . . . .

ويكون ذكر المنفعة تأكيداً ؛ كقول البائع : (بعتك عين هـٰذه الدار) ، **والثاني** : المنع ؛ لأن لفظ الإجارة وُضِعَ مضافاً إلى العين ؛ لأن المنفعة لا منفعة لها فكيف يضاف إليها العقد ؟!

(**ومَنْعُها بقوله : « بعتك منفعتها »**) لأن البيع موضوع لملك الأعيان ، فلا يستعمل في المنافع؛ كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة ، **والثاني** : يجوز ؛ لأنها صنف من البيع .

(**وهي قسمان : واردة علىٰ عين ؛ كإجارة العقار ، ودابة أو شخص معينين ، وعلى الذمة ؛ كاستئجار دابة موصوفة ، وبأن يُلزم ذمته خياطة أو بناء**) ذكر المصنف هـٰذا التقسيم لما يترتب عليه من الأحكام الآتية ، ونبه علىٰ أن الوارد على العين قسمان .

أحدهما : ما لا يُتصوَّر فيه غيرُ إجارة العين ، وهو إجارة العقار ؛ لأنه لا يثبت في الذمة ، ولهـٰذا لا يجوز السلم في أرض ولا دار ، **والثاني** : ما يُتصوَّر فيه الأمران ، وهو الدابة والشخص ، ولهـٰذا قال : (معينين) ، **ومراده بالواردة على العين** : ما ترتبط به العين ، وتمثيله يُرشد إليه ، ولا يفهم منه أن مورد الإجارة العين في الواردة على العين ، **بل المذهب الصحيح** : أن موردها المنافعُ ، سواء وردت على العين أم الذمة ، خلافاً لأبي إسحاق .

(**ولو قال : « استأجرتك لتعمل كذا »** . . **فإجارة عين**) لتوجه الخطاب إلى العين ؛ كقوله : (استأجرت هـٰذه الدابة) ، (**وقيل : ذمة**) لأن المقصود حصولُ العمل من جهة المخاطب ، فكأنه قال : (استحقيت عليك كذا) .

(**ويشترط في إجارة الذمة : تسليم الأجرة في المجلس**) كرأس مال السلم ؛ لأنها سلم في المنافع ، فلا يجوز فيها تأجيلُ الأجرة ، ولا الاستبدال عنها ، ولا الحوالة بها ، ولا عليها ، ولا الإبراء منها .

(**وإجارة العين لا يشترط ذلك فيها**) كما لا يشترط تسليمُ الثمن في البيع .

وَيَجُوزُ فِيهَا ٱلتَّعْجِيلُ وَٱلتَّأْجِيلُ إِنْ كَانَتْ فِي ٱلذِّمَّةِ ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ . . تَعَجَّلَتْ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعَيَّنَةً . . مُلِكَتْ فِي ٱلْحَالِ . وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلأُجْرَةِ مَعْلُومَةً ، فَلاَ تَصِحُّ بِٱلْعِمَارَةِ وَٱلْعَلَفِ ، وَلاَ لِيَسْلَخَ بِٱلْجِلْدِ ، وَيَطْحَنَ بِبَعْضِ ٱلدَّقِيقِ أَوْ بِٱلنُّخَالَةِ ، وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَهَا لِتُرْضِعَ رَقِيقاً بِبَعْضِهِ فِي ٱلْحَالِ . . جَازَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

(**ويجوز فيها التعجيل والتأجيل إن كانت**) الأجرة (**في الذمة**) كالثمن ، فإن كانت معينة . . لم يجز التأجيل ؛ لأن الأعيان لا تؤجل .

(**وإذا أُطلقت . . تعجلت**) كالثمن في البيع المطلق ، ويملكها المؤجر بالعقد ، ويستحقُّ استيفاءها بتسليمه العين .

(**وإن كانت**) الأجرة (**معينة . . مُلِكَتْ في الحال**) كالثمن المعين .

(**ويشترط : كون الأجرة معلومة**) جنساً وقدراً وصفة ؛ كالثمن في البيع ، وروىٰ أبو داوود : (أنه صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن استئجار الأجير حتىٰ تُميَّز له أجرتُه)[1] .

(**فلا تصحُّ بالعِمَارة**) أي : استئجار الدار بعمارتها ، (**والعلف**) في إجارة الدابة ؛ للجهالة .

والعلف : بإسكان اللام وبفتحها ؛ كما ضبطه المصنف بخطه ، وهو بالفتح : ما يعلف به ، وبالإسكان : المصدر .

(**ولا ليسلخ بالجلد ، ويطحنَ ببعض الدقيق أو بالنُّخالة**) لجهالة هـٰذه الأشياء ، ولما فيه من عدم القدرة على التسليم في الحال ؛ لأنها ليست على الهيئة المشروطة .

(**ولو استأجرها لتُرضع رقيقاً ببعضه في الحال . . جاز على الصحيح**) ولا أثر لكون عمله يقع في مشترك ، كمساقاة شريكه إذا شرط له زيادةً من الثمر . . فإنه يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك ، **والثاني** : لا يجوز ، ونقله الإمام عن الأصحاب ؛ لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خالص ملك المستأجر[2] .

---

(١) المراسيل (١٦٩) ، وأخرجه النسائي (٧/ ٣٢) ، والبيهقي (٦/ ١٢٠) ، وأحمد (٣/ ٥٩) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٢) نهاية المطلب (٨/ ١٩٧) .

وَكَوْنُ ٱلْمَنْفَعَةِ مُتَقَوِّمَةً ، فَلاَ يَصِحُّ ٱسْتِئْجَارُ بَيَّاعٍ عَلَىٰ كَلِمَةٍ لاَ تُتْعِبُ وَإِنْ رَوَّجَتِ ٱلسِّلْعَةَ ، وَكَذَا دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ لِلتَّزْيِينِ ، وَكَلْبٌ لِصَيْدٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَكَوْنُ ٱلْمُؤَجِّرِ قَادِراً عَلَىٰ تَسْلِيمِهَا ، فَلاَ يَصِحُّ ٱسْتِئْجَارُ آبِقٍ وَمَغْصُوبٍ وَأَعْمَىٰ لِلْحِفْظِ ، وَأَرْضٍ لِلزِّرَاعَةِ لاَ مَاءَ لَهَا دَائِمٌ ، وَلاَ يَكْفِيهَا ٱلْمَطَرُ ٱلْمُعْتَادُ ، وَيَجُوزُ إِنْ كَانَ لَهَا مَاءٌ دَائِمٌ ، . . . .

واحترز بقوله : (في الحال) عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام . . فلا يصحُّ قطعاً ؛ لأن الأجرة معينة وقد أجلها ، والأعيان لا تؤجل .

(**وكون المنفعة مُتقوِّمة**) ليحسن بذلُ المال في مقابلتها ، وإلا . . كان سفهاً وتبذيراً .

(**فلا يصحُّ استئجار بَيَّاعٍ علىٰ كلمة لا تُتْعِبُ وإن رَوَّجَتِ السلعةَ**) إذ لا قيمة لها ، ويلتحق بذلك ما إذا استأجره ليعلمه آية لا تعب فيها ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ وقد صرحوا به في (الصداق) .

(**وكذا دراهم ودنانير للتزيين ، وكلب للصيد**) أو للحراسة (**في الأصحِّ**) أما في الأولىٰ . . فلأن منفعة التزين لا تقصد غالباً ، ومعظم منفعتها الإنفاق ، وأما في الثانية . . فلأن الكلب لا قيمة لعينه ، فكذا منفعته ، **والثاني** : يصحُّ فيهما ؛ لأنها منافع تستباح بالإعارة ، فاستحقت بالإجارة ؛ كسائر المنافع .

وأشار بقوله : (للتزين) إلىٰ أنه لا بدَّ من ذكره ، فلو أطلق . . لم يصحَّ قطعاً ؛ لأن تعيين الجهة شرطٌ .

(**وكون المؤجر قادراً علىٰ تسليمها ، فلا يصحُّ استئجار آبق ومغصوب**) كبيعهما ، (**وأعمىٰ للحفظ**) أي : حفظ ما يحتاج إلى النظر إجارةَ عين ؛ لاستحالة ذلك منه ، ونحوُه الأخرس للتعليم .

(**وأرضٍ للزراعة لا ماءَ لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد**) ولا ما في معناه ؛ من النداوة ، وماء الثلوج ، ونحوها ، ولكن إن أصابها مطرٌ عظيم ، أو سيلٌ نادر . . أمكن زرعها ؛ لأنها منفعة غير مقدور عليها ، ولا يكفي إمكان الحصول ؛ كما لا يكفي إمكان عود الآبق والمغصوب .

(**ويجوز إن كان لها ماء دائم**) من عين أو نهر ؛ لإمكان الزراعة حينئذ ، قال ابن

وَكَذَا إِنْ كَفَاهَا ٱلْمَطَرُ ٱلْمُعْتَادُ أَوْ مَاءُ ٱلثُّلُوجِ ٱلْمُجْتَمِعَةِ ، وَٱلْغَالِبُ حُصُولُهَا فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلِامْتِنَاعُ ٱلشَّرْعِيُّ كَٱلْحِسِّيِّ ، فَلاَ يَصِحُّ ٱسْتِئْجَارٌ لِقَلْعِ سِنٍّ صَحِيحَةٍ ، وَلاَ حَائِضٍ لِخِدْمَةِ مَسْجِدٍ ، وَكَذَا مَنْكُوحَةٌ لِرَضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلزَّوْجِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الرفعة : واستئجار الحمام في معنى استئجار الأرض للزراعة فيما يظهر .

(**وكذا إن كفاها المطر المعتاد ، أو ماء الثلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصحِّ**) لأن الظاهر حصولُ الغالب ، **والثاني** : المنع ؛ لأن السقي معجوزٌ عنه في الحال ، والمتوقع لا يعلم حصوله ، وبتقدير حصوله لا يعرف أنه يحصل وقت الحاجة إليه .

ويصحُّ استئجار أراضي مصر للزراعة قبل ريِّها إذا كانت تَرْوَىٰ من الزيادة الغالب حصولُها **على الأصحِّ** .

(**والامتناع الشرعي كالحسي ، فلا يصحُّ استئجارٌ لقلع سنٍّ صحيحة**) لامتناع تسليمها شرعاً ، وهـٰذا في غير القصاص ، وأما المستحقة بالقصاص . . فيجوز .

وأفهم : جوازَ الاستئجار لقلع سنٍّ عليلة ، **وهو الأصحُّ** إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إن القلع يزيله .

(**ولا حائضٍ لخدمة مسجد**) إجارة عين ؛ لاقتضاء الخدمة المكث ، وهي ممنوعة منه .

نعم ؛ لو كانت كافرة وأمنت التلويث . . قال الأَذْرَعي : فيشبه الصحة ، ويجوز في إجارة الذمة .

(**وكذا منكوحةٌ لرضاعٍ أو غيره**) مما لا يؤدي إلىٰ خلوة محرمة (**بغير إذن الزوج في الأصحِّ**) لأن أوقاتها مستغرَقة بحقِّه ، فلا يمكنها توفية ما التزمته ، **والثاني** : يصح ؛ لأن محلَّه غيرُ محلِّ النكاح ؛ إذ لا حقَّ له في لَبَنِها وخدمتِها .

وعلىٰ هـٰذا : فللزوج فسخُه ؛ حفظاً لحقِّه ، وفي « الكافي » : وجه أنه يصحُّ ، ولا اعتراض للزوج ، أما بإذنه . . فيصحُّ قطعاً .

والخلاف في الحرة ، أما الأمة . . فللسيد أن يؤجرها نهاراً قطعاً وإن أبى الزوج .

ولو سقت المرضعةُ المستأجَرُ عينُها لبنَ غيرِها للطفل . . فلا أجرة لها ، وقال أهل

وَيَجُوزُ تَأْجِيلُ ٱلْمَنْفَعَةِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ؛ كَـ(أَلْزَمْتُ ذِمَّتَكَ ٱلْحَمْلَ إِلَىٰ مَكَّةَ أَوَّلَ شَهْرِ كَذَا) . وَلاَ تَجُوزُ إِجَارَةُ عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُسْتَقْبَلَةٍ ، فَلَوْ أَجَّرَ ٱلسَّنَةَ ٱلثَّانِيَةَ لِمُسْتَأْجِرِ ٱلأُولَىٰ قَبْلَ ٱنْقِضَائِهَا . . جَازَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

العراق : لها الأجرة ، قال الروياني : **وهو غلط** ؛ لأنها لم تأت بما هو مستحق بالعقد .

(**ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة ؛ كـ« ألزمت ذمتك الحملَ إلىٰ مكة أولَ شهرِ كذا »**) لأن الدَّينَ يقبل التأجيل ؛ كما لو أسلم في شيء إلىٰ أجل معلوم .

وقوله : (أول شهر كذا) تبع فيه « المحرر »[1] ، **وظاهره** : أنه تأجيل صحيح ، لكن في « الروضة » و« أصلها » في (السلم) عن الأصحاب أنه لو قال : (أول رمضان) . . بطل ؛ لأنه يقع علىٰ جميع النصف الأول[2] ، فلو مثل كـ« الشرحين » و« الروضة » بغرة شهر كذا[3] . . لكان حسناً .

(**ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة**) كإجارة الدار السنة المستقبلة ؛ قياساً على البيع ، فإنه لو باع العين علىٰ أن يسلمها بعد شهر . . لم يصحَّ ، فكذا الإجارة .

(**فلو أجَّر السنة الثانية لمُستأجرِ الأُولىٰ قبل انقضائها . . جاز في الأصحِّ**) لاتصال المدتين ؛ كما لو أجر منه السنتين في عقدٍ واحد ، **والثاني** : لا يجوز ؛ كما لو أجرها من غيره ، أو منه مدةً لا تتصل بالمدة الأولىٰ ، وصححه جمع ، وقال البَنْدَنيجي والروياني : **إنه الأقيس** .

وأُورِد على المصنف : ما لو قال : (أجرتك سنة فإذا انقضت . . فقد أجرتك سنة أخرىٰ) ، **فإن الصحيح فيها** : بطلان العقد الثاني مع صدق أنه أجر السنة الثانية قبل انقضاء الأولىٰ .

فلو عبر بقوله : (في أثنائها) . . لكان أولىٰ ، **وأجيب** : بأنه في هـٰذه الصورة ليس مستأجر الأولىٰ .

---

(١) المحرر (ص ٢٣٠) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٠) ، والشرح الكبير (٤/ ٤٠٠) .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ١٨٢) ، والشرح الكبير (٦/ ٩٦) .

وَيَجُوزُ كِرَاءُ ٱلْعُقَبِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَهُوَ : أَنْ يُؤَجِّرَ دَابَّةً رَجُلاً لِيَرْكَبَهَا بَعْضَ ٱلطَّرِيقِ ، أَوْ رَجُلَيْنِ لِيَرْكَبَ هَـٰذَا أَيَّاماً وَذَا أَيَّاماً وَيُبَيِّنَ ٱلْبَعْضَيْنِ ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ .

فَصْلٌ

[في بقية شروط المنفعة وما تقدر به]

يُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمَنْفَعَةِ مَعْلُومَةً ، ثُمَّ تَارَةً تُقَدَّرُ بِزَمَانٍ كَدَارٍ سَنَةً ، . . . .

(**ويجوز كراء العُقَبِ في الأصحِّ ، وهو : أن يؤجر دابةً رجلاً ليركبها بعضَ الطريق ، أو رجلين ليركب هـٰذا أياماً وذا أياماً ، ويبين البعضين ثم يقتسمان**) أي : المكري والمكتري ، أو المكتريان سواء في إجارة العين والذمة ؛ لثبوت الاستحقاق حالاً ، فإن الملك واقع لهما دفعةً واحدة ، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة لا يؤثر ؛ كالدار المشتركة ، بخلاف ما لو أجرها ليركبها زماناً ، ثم المستأجر بعده زماناً ؛ لتأخر حقِّه وتعلقها بالمستقبل ، **والثاني** : المنع فيهما ، فإنه إجارة إلىٰ آجال متفرقة وأزمنة منقطعة ، **والثالث** : يصحُّ في الصورة الثانية ؛ لاتصال زمن الإجارة فيها دون الأولىٰ ، **والرابع** : يصحُّ فيهما إن كانت في الذمة ، ولا يصحُّ إن كانت معينة .

* * *

(**فصل : يشترط : كون المنفعة معلومة**) عيناً وقدراً وصفة ؛ كالبيع ، فلا تصحُّ إجارةُ أحد عبديه ، ولا إجارةُ الغائب **على الأصحِّ** ، ولا إجارة مدة غير مقدرة ، وإذا استأجر عقاراً اشترط تحديده بالجهات ؛ كما يفعل في البيع ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي أبي الطيب[1] .

ويستثنىٰ من اشتراط القدر : دخول الحمام مع اختلاف أحوال الداخلين في المكث ، واستعمال الماء ، وحكىٰ في « شرح المهذب » في (باب بيع الغرر) الإجماع عليه[2] .

(**ثم تارة تُقدَّر**) المنفعة (**بزمان**) فقط (**كدار سنةً**) معينةً متصلةً بالعقد ، وفي معنى الدار : كلُّ ما لا ينضبط بالعمل لاختلافه ؛ كالأواني ، والثياب ، والتطيين ،

---

(١) كفاية النبيه (١١/٢١٩) .
(٢) المجموع (٩/٢٤٦) .

وَتَارَةً بِعَمَلٍ ؛ كَدَابَّةٍ إِلَىٰ مَكَّةَ ، وَكَخِيَاطَةِ ذَا ٱلثَّوْبِ ، فَلَوْ جَمَعَهُمَا فَٱسْتَأْجَرَهُ لِيَخِيطَهُ بَيَاضَ ٱلنَّهَارِ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُقَدَّرُ تَعْلِيمُ ٱلْقُرْآنِ بِمُدَّةٍ ، . . . .

والرضاع ، فإنه لا سبيل للضبط في هـٰذه إلا بالزمان .

(**وتارة بعمل ؛ كدابة**) معينة أو موصوفة (**إلىٰ مكة ، وكخياطة ذا الثوبِ**) من غير تقدير مدة ؛ لأن هـٰذه المنافعَ معلومةٌ في أنفسها فلم تفتقر إلىٰ تقدير المدة .

وكلامه قد يوهم : تعين التقدير بالعمل في ذلك ، وليس كذلك ، بل يجوز تقديره بالزمان أيضاً على الانفراد ، فيقول : (أجرني هـٰذه الدابة لأركبها شهراً ، وأجرني عبدك ليخيط لي هـٰذا الثوب) ، أو (يخيط لي شهراً) .

(**فلو جمعهما**) أي : التقدير بالعمل والزمان (**فاستأجره ليَخيطه بياضَ النهار . . لم يصحَّ في الأصحِّ**) للغرر ، فقد يتقدم العمل أو يتأخر ، **والثاني** : يصحُّ ؛ إذ المدة مذكورة للتعجيل ، فلا تؤثر في الفساد ، **والثالث** : إن أمكن حصولُه في تلك المدة . . صحَّ ، وإلا . . فلا ، وفي « البحر » عن البويطي إن أمكن . . كان ذكرُه أفضل[1] .

(**ويُقدَّر تعليم القرآن بمدة**) كشهر مثلاً ؛ كما لو استأجر خَيَّاطاً ليخيط له شهراً ، **وهـٰذا هو الأصحُّ في « زيادة الروضة »** والمجزوم به في « الشرحين » في (الصداق)[2] ، **لكن الأشبه في « الشرح الصغير » و« التذنيب »** هنا : أنه لا يجوز ؛ لتفاوت السور والآيات في سهولة الحفظ وصعوبته .

واعترض : بأن في ثبوت المنع وجهاً نظراً ، فإنه لا يكاد يوجد التصريح به لأحد ، فضلاً عن ترجيحه .

وصورة المسألة : إذا لم يرد القرآن جميعه ، بل ما يُسمَّىٰ قرآناً ، أما إذا أريد جميعه . . فلا يصحُّ **على الأصحِّ** ؛ لأن فيه جمعاً بين الزمان والعمل .

وحينئذ كان ينبغي للمصنف أن يقول : تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعي رضي الله عنه نصَّ في (باب التدبير) علىٰ أن القرآن بالألف واللام لا يطلق إلا علىٰ جميعه[3] .

---

(١) بحر المذهب (٨/ ٣٠٧) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ١٩٠) ، والشرح الكبير (٨/ ٣٠٩) .

(٣) الأم (٩/ ٣٢٣) .

أَوْ تَعْيِينِ سُوَرٍ . وَفِي ٱلْبِنَاءِ يُبَيِّنُ ٱلْمَوْضِعَ ، وَٱلطُّولَ ، وَٱلْعَرْضَ ، وَٱلسَّمْكَ ، وَمَا يُبْنَىٰ بِهِ إِنْ قُدِّرَ بِٱلْعَمَلِ . وَإِذَا صَلَحَتِ ٱلأَرْضُ لِبِنَاءٍ وَزِرَاعَةٍ وَغِرَاسٍ . . ٱشْتُرِطَ تَعْيِينُ ٱلْمَنْفَعَةِ ، وَيَكْفِي تَعْيِينُ ٱلزِّرَاعَةِ عَنْ ذِكْرِ مَا يُزْرَعُ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

(**أو تعيينِ سور**) إن كانت كاملة ، أو تعيين آيات ؛ كعشر آيات من سورة كذا من أولها ، أو من آخرها ؛ للتفاوت بينهما في سهولة الحفظ ، وصعوبته .

وأفهم : أنه لا يشترط تعيين القراءة ؛ كقراءة أبي عمرو ، **وهو الأصح** ؛ إذ الأمر فيها قريب ، فإن عين شيئاً . . تعين .

وأفهم أيضاً : أنه لا يشترط اختبار حفظ المتعلم ، وهو كذلك ، قال ابن الرفعة : ولو خرج ذهنه عن عادة أمثاله في البلادة . . . فله الفسخ فيما يظهر .

ويشترط : علم المتعاقدين بما يقع العقد علىٰ تعليمه ، فإن لم يعلماه . . وَكَّلا ، ويكفي أن يفتحا المصحف ويقول : (تُعلِّمني من هنا إلىٰ هنا) ، قاله أبو الفرج الزاز ، وتوقف فيه الرافعي ؛ لأنه لا يفيد معرفة المشار إليه سهولة وصعوبة ، قال في « الروضة » في (الصداق) : **وهو الصواب** ، فيتعين التوكيل[1] .

(**وفي البناء يبين الموضعَ**) أي : موضع الجدار ، (**والطولَ**) أي : طول البناء (**والعرض ، والسَّمْك ، وما يُبنَىٰ به**) من طين وآجرٍّ ، وغير ذلك (**إن قُدِّر بالعمل**) لاختلاف الأغراض به ، فإن قدر بالزمان . . لم يحتج إلىٰ بيان شيء من ذلك ، وقد مرَّ تفسير الطول والعرض والسمك في (الصلح) فليراجع .

(**وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغِراس . . اشترط تعيين المنفعة**) لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هٰذه الجهات ؛ كما لو أجر بهيمة . . لا يجوز الإطلاق .

(**ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصحِّ**) لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ، ويزرع ما شاء ، قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل علىٰ أقلِّ الدرجات[2] . انتهىٰ ، وما بحثه حكاه الخوارزمي وجهاً ، **والثاني** : لا يكفي ؛ لاختلاف ضرر الزرع .

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٠٥) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ١١٥) .

وَلَوْ قَالَ : (لِتَنْتَفِعَ بِهَا بِمَا شِئْتَ) . . صَحَّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (إِنْ شِئْتَ فَٱزْرَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَٱغْرِسْ) فِي ٱلْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ دَابَّةٍ لِرُكُوبٍ مَعْرِفَةُ ٱلرَّاكِبِ بِمُشَاهَدَتِهِ أَوْ وَصْفٍ تَامٍّ ، وَقِيلَ : لاَ يَكْفِي ٱلْوَصْفُ ، . . . .

ويجري الخلاف في قوله : (لتغرس) ، و(لتبني) ، قاله الرافعي[١] ، وتوقف فيه السبكي ؛ لأن البناء والغراس تتفاوت كثيراً ، بخلاف الزرع .

(**ولو قال : « لتنتفع بها بما شئت » . . صحَّ**) ويصنع ما شاء ؛ لرضاه به .

(**وكذا لو قال : « إن شئت . . فازرع ، وإن شئت . . فاغرس » في الأصحِّ**) لرضاه بأعظمهما ضرراً ، **والثاني** : المنع ، للإيهام[٢] ؛ كما لو قال : (بعتك بألف مكسَّرة إن شئت ، وصحيحة إن شئت) .

(**ويشترط في إجارة دابة لركوب : معرفة الراكب بمشاهدة أو وصفٍ تام**) لينتفي الغرر ، وسواء إجارة العين والذمة .

ولم يبين المراد بالتام ، وفي « الروضة » و« أصلها » : واختلف في الوصف ، فقيل : يذكر صفته في الضخامة والنحافة ؛ ليعرف وزنه تخميناً ، **وقيل** : يصفه بالوزن ، ولم يرجحا شيئاً[٣] ، **ورجح شيخنا** قاضي القضاة جلال الدين البُلْقيني الثاني .

(**وقيل : لا يكفي الوصف**) ، وتتعين المشاهدة ؛ لأن الخبر ليس كالمعاينة ، وهـٰذا ما نقلاه في « الشرح » و« الروضة » عن الأكثرين[٤] ، وحكاه في « المطلب » عن نصِّ « الأم » ، لكن الرافعي قال : إن إلحاق الوصف التام بالمشاهدة أشبه في المعنىٰ ؛ [لأنه يفيد التخمين ؛ كالمشاهدة][٥] ، قال السبكي : وهـٰذا ليس وجهاً منقولاً ، لكن الرافعي جعله في معنى المشاهدة ؛ يعني : بحثاً ، فعُلِمَ أن التخيير بينهما ؛ كما في « الكتاب » ليس وجهاً بالكلية ، فضلاً عن أن يكون هو المرجَّحَ .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ١١٥) .
(٢) في (ب) : (للإبهام) .
(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٠١) ، والشرح الكبير (٦/ ١١٦) .
(٤) الشرح الكبير (٦/ ١١٦) ، وروضة الطالبين (٥/ ٢٠٠ـ ٢٠١) .
(٥) الشرح الكبير (٦/ ١١٦) ، ما بين المعقوفين زيادة من (ب) و(د) .

وَكَذَا ٱلْحُكْمُ فِيمَا يُرْكَبُ عَلَيْهِ مِنْ مَحْمِلٍ وَغَيْرِهِ إِنْ كَانَ لَهُ . وَلَوْ شَرَطَ حَمْلَ ٱلْمَعَالِيقِ مُطْلَقاً . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ لَمْ يَشْرِطْهُ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ . . . .

(**وكذا الحكم فيما يُركب عليه من مَحمِلٍ وغيره**) كعمارية وسرج وإكاف (**إن كان له**) أي : إن كان المُحضِرُ له هو المكتري ، حيث اقتضى الشرط الركوب عليه ، ولا بدَّ هنا عند عدم المشاهدة من الوزن مع الوصف **على الأصحِّ** ، **وقيل** : يكفي الوزن أو الوصف .

ومحلُّ الخلاف : إذا تفاوتت المحامل تفاوتاً فاحشاً ، وإلا . . كفى الإطلاق ، ويحمل علىٰ معهودهم قطعاً .

واحترز بقوله : (إن كان له) عما إذا كان مجرداً ليس معه ما يركب عليه ، فإنه لا حاجة إلىٰ ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر علىٰ ما شاء علىٰ ما يليق بالدابة .

ولا يختص ما ذكر المصنف بما يركب عليه ، بل ما كان معه من زاملة ونحوها كذلك ، وقد صرح به في « المحرر »[1] ، فلا وجه لإهماله .

(**ولو شرط حملَ المعاليق مطلقاً**) أي : من غير رؤية ، ولا وصف ووزن (. . **فسد العقد في الأصحِّ**) لاختلاف الناس فيها ، فربما قلَّتْ ، وربما كَثُرَتْ ، **والثاني** : يصحُّ ، ويحمل على الوسط المعتاد .

وكان ينبغي التعبير بالأظهر ؛ لأن في المسألة قولين .

والمعاليق : السُّفْرة والإداوة والقُمْقُمة والقِدْر ، قال الماوردي : وكذا المِضْربة والمِخَدة ، ونحو ذلك[2] .

والخلاف في السفرة والإداوة إذا كانتا فارغتين ، فإن كان فيهما طعام وماء فلا بدَّ من رؤيته ، أو معرفته بالوزن **على المشهور** .

(**وإن لم يشرطه**) أي : حمل المعاليق (. . **لم يستحق**) حملها ؛ لاختلاف الناس فيها ، وقد لا يكون للراكب فيها معاليق أيضاً .

---

(١) المحرر (ص ٢٣١) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٢٣٤) .

وَيُشْتَرَطُ فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ تَعْيِينُ ٱلدَّابَّةِ ـ وَفِي ٱشْتِرَاطِ رُؤْيَتِهَا ٱلْخِلاَفُ فِي بَيْعِ ٱلْغَائِبِ ـ وَفِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ذِكْرُ ٱلْجِنْسِ وَٱلنَّوْعِ وَٱلذُّكُورَةِ أَوِ ٱلأُنُوثَةِ . وَيُشْتَرَطُ فِيهِمَا بَيَانُ قَدْرِ ٱلسَّيْرِ كُلَّ يَوْمٍ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ بِٱلطَّرِيقِ مَنَازِلُ مَضْبُوطَةٌ . . فَيُنَزَّلُ عَلَيْهَا . وَيَجِبُ فِي ٱلإِيجَارِ لِلْحَمْلِ أَنْ يَعْرِفَ ٱلْمَحْمُولَ ـ فَإِنْ حَضَرَ . . رَآهُ وَٱمْتَحَنَهُ بِيَدِهِ إِنْ كَانَ فِي ظَرْفٍ ، وَإِنْ غَابَ . . قُدِّرَ بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ ـ . . . .

(ويشترط في إجارة العين : تعيين الدابة) فلا يصحُّ أن يؤجره إحدىٰ هاتين الدابتين .

(وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) **والأظهر** : اشتراطه ؛ كما مرَّ في بابه .

(وفي إجارة الذمة : ذكرُ الجنس) كالإبل أو الخيل أو الحمير ، (والنوع) كالبَخَاتي أو العِراب ، (والذكورة أو الأنوثة) لاختلاف الغرض ، فإن الأنثىٰ أسهل سيراً ، والذكر أقوىٰ ، ويشترط **أيضاً** : أن يقول : (مهملج) ، أو (بحر) ، أو (قطوف) **على الأصحِّ**[١] ؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير .

(ويشترط فيهما) أي : في إجارة العين والذمة (بيان قدر السير كلَّ يوم) لتفاوت الغرض فيه ، (إلا أن يكون بالطريق منازلُ مضبوطةٌ فيُنزَّل) إطلاق العقد (عليها) كما يصرف إطلاق النقد إلىٰ غالب نقد البلد .

فإن شرطا خلافه . . اتُّبع إن أطاقته البهيمة ، فإن لم تكن منازل مضبوطة ، أو كانت واختلفت العادة . . لم يصحَّ حتىٰ يبينا ، أو يقدِّرا بالزمان ؛ كالثمن في موضع لا نقد فيه .

(ويجب في الإيجار للحمل أن يَعرف المحمولَ) لاختلاف تأثيره وضرره .

(فإن حضر . . رآه وامتحنه بيده إن كان في ظرف) ليعرف وزنه تخميناً .

(وإن غاب . . قُدِّرَ بكيل) إن كان مكيلاً ، (أو وزن) إن كان موزوناً ، أو مكيلاً قالا : والوزن في كلِّ شيء أولىٰ وأحصر[٢] .

---

(١) المُهَمْلَج : حسن السير في سرعة ، البَحْر : الواسع المشي ، القَطُوف : البطيء السير .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ١٢٠) ، وروضة الطالبين (٥/ ٢٠٤) .

وَجِنْسَهُ ، لاَ جِنْسَ ٱلدَّابَّةِ وَصِفَتَهَا إِنْ كَانَتْ إِجَارَةَ ذِمَّةٍ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ ٱلْمَحْمُولُ زُجَاجاً وَنَحْوَهُ .

فَصْلٌ

[في منافع يمتنع الاستئجار لها ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها]

لاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ مُسْلِمٍ لِجِهَادٍ ، . . . .

(وجنسَه) أي : ويجب أن يعرف المكري جنس المحمول ؛ لأن تأثير الحديد والقطن في الدابة ـ وإن استويا في الوزن ـ يختلف .

نعم ؛ لو قال : (أجرتكها لتحمل عليها مئة رطل مما شئت) . . صحَّ **في الأصحِّ** ، ويكون رضاً منه بأضَرِّ الأجناس ، ولا حاجة مع ذلك إلىٰ بيان الجنس ، هـٰذا في الموزون ، أما المكيل : فلا يغني قوله : (عشرة أقفزة مما شئت) عن ذكر الجنس ؛ **كما صوبه في** « زيادة الروضة » ؛ لكثرة الاختلاف في الكيل وقلَّته في الوزن ، وأين ثقل الملح من ثقل الذُّرة[1] .

(**لا جنسَ الدابة وصفتَها إن كانت إجارةَ ذمة**) أي : لا يشترط معرفة ذلك ، بخلاف الركوب ؛ إذ الغرض هنا نقل المتاع إلى الموضع المنقول إليه ، فلا يختلف الغرض بحال حامله .

واحترز بالذمة : عن العين ، فإنه علىٰ ما سلف في الركوب .

(**إلا أن يكون المحمول زُجاجاً ونحوه**) مما يسرع انكساره ؛ كالخزف ، فلا بدَّ من بيان حال الدابة ؛ كالركوب .

وصورة المسألة ـ كما قاله **الإمام** ـ : أن يعين الزجاج في العقد أما لو جعل عماد العقد الوزن ، ونوىٰ حمل الزجاج وأضمره . . فلا يجب التعرض للدابة[2] .

واستثنى القاضي أيضاً : ما إذا كان في الطريق وَحَلٌ ؛ لأن الضعيفة تسقط فيه دون القوية .

❊ ❊ ❊

(**فصل : لا تصحُّ إجارة مسلم لجهاد**) لأنه وإن لم يكن متعيناً عليه فهو إذا حضر

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٠٤) .

(٢) نهاية المطلب (٨/ ١٣٦) .

وَلاَ عِبَادَةٍ تَجِبُ لَهَا نِيَّةٌ إِلاَّ ٱلْحَجِّ وَتَفْرِقَةِ زَكَاةٍ . وَتَصِحُّ لِتَجْهِيزِ مَيْتٍ وَدَفْنِهِ ، وَتَعْلِيمِ ٱلْقُرْآنِ ، وَلِحَضَانَةٍ وَإِرْضَاعٍ مَعاً ، وَلِأَحَدِهِمَا فَقَطْ ، . . . .

الصف . . تعين عليه ، ولا يجوز أخذ الأجرة علىٰ فرض العين .

وخرج بالمسلم : الذمي ، وسيأتي في بابه ما فيه ، إن شاء الله تعالىٰ .

(**ولا عبادةٍ تجب لها نية**) إذ القصد امتحانُ المكلف بها ، ولا يقوم المستأجر في ذلك مقامه ، (**إلا الحج**)[1] والعمرةِ لما مرَّ في بابه ، (**وتفرقة زكاة**) وكلّ ما تدخله النيابة ؛ كالكفارة ، وذبح الضحايا ، والصوم عن الميت ، وكذا ركعتا الطواف ، فإنها تقع عن المحجوج عنه **علىٰ الأصحِّ** ، وجوازهما إنما هو بالتبع للإحرام .

(**وتصح لتجهيز ميت ودفنه**) وإن تعين عليه **في الأصحِّ** ؛ لأن فرض الكفاية في ذلك ليس متأصلاً ؛ إذ مؤنة ذلك تختص بتركة الميت ، فالأجير غيرُ مقصود بفعله .

(**وتعليم القرآن**) وإن تعين عليه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ ٱللهِ تَعَالَىٰ »[2] .

وقيل : إن تعين . . لم يجز ؛ كفرض العين ابتداء .

وقد مرَّ شروط صحة الاستئجار علىٰ تعليم القرآن عند قوله : (ويقدر تعليم القرآن بمدة ، أو تعيين سور) ، وعلم منه هناك صحةُ الإجارة عليه ، لكن ذكره هنا لكونه مستثنىً من العبادات .

نعم ؛ محلُّ صحة الاستئجار عليه : إذا كان المتعلم مسلماً ، أو كافراً يُرجَىٰ إسلامه .

(**ولحَضانة وإرضاع معاً**) أي : يصحُّ لهما ، حرة كانت المرأة أو أمة .

(**ولأحدهما فقط**) أما الحضانة . . فلأنها نوع خدمة ، وأما الرضاع . . فلقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ الآية .

واعلم : أن الحضانة صغرىٰ ، وهي : وضعه في الحِجر ، وإلقامه الثدي ، وعصره له ، **وكبرىٰ** : وهي بالمعنى الآتي تفسيرُه في كلام المصنف .

---

(١) بالجر بدل من عبادة . اهـ « حاشية الشبراملسي » (٥/ ٢٩٢) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٣٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَسْتَتْبِعُ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ ، وَٱلْحَضَانَةُ : حِفْظُ صَبِيٍّ وَتَعَهُّدُهُ بِغَسْلِ رَأْسِهِ وَبَدَنِهِ وَثِيَابِهِ وَدَهْنِهِ وَكَحْلِهِ وَرَبْطِهِ فِي ٱلْمَهْدِ وَتَحْرِيكِهِ لِيَنَامَ وَنَحْوِهَا . وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ لَهُمَا فَٱنْقَطَعَ ٱللَّبَنُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : ٱنْفِسَاخُ ٱلْعَقْدِ فِي ٱلإِرْضَاعِ دُونَ ٱلْحَضَانَةِ . . . .

وإذا استأجر للإرضاع . . وجب تعيين المدة والصبيِّ ، ويعرف بالمشاهدة ، قاله في « البحر »[1] ، وقال الماوردي : **يشترط** : معرفة سنه ؛ لاختلاف شربه اللبن بذلك[2] .

ويشترط : ذكر موضع الإرضاع ، أهو في بيته أو بيتها ، وحكى القفال في « فتاويه » قولاً : أنه لا يصحُّ للمسلم أن يستأجر يهودية لترضع ابنَه ، ويُخلَّىٰ بينه وبينها ؛ لأنها ربما تخلفت عن تعهده .

(**والأصحُّ : أنه لا يستتبع أحدُهما الآخر**) كسائر المنافع المختلفة ، **والثاني** : نعم ؛ للعادة بتلازمهما ، **والثالث** : يستتبع الإرضاعُ الحضانةَ ، ولا عكس ، **والرابع** : عكسه ، حكاه في « المطلب » .

والمراد : الحضانة الكبرىٰ ، أما الصغرىٰ . . فقطع المتولي وغيره بدخولها في الرضاع ؛ إذ لا يمكن إلا بها ، **بل الأصحُّ** : أنه إذا استأجر للرضاع . . يكون المعقود عليه الحضانةَ الصغرىٰ ، واللبن تابع ، **وقيل** : عكسه .

(**والحَضانة : حفظ صبي وتعهدُه**[3] **؛ بغسل رأسه وبدنه وثيابه ، ودهنه ، وكحله ، وربطه في المهد ، وتحريكه لينام ، ونحوِها**) لاقتضاء اسم الحضانة في العرف ذلك ، ولحاجة الرضيع إليها .

واشتقاقه من الحِضْن ، وهو تحت الإبْط إلى الكَشْح ؛ لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك .

(**ولو استأجر لهما**) أي : للحَضانة والإرضاع (**فانقطع اللبن . . فالمذهب : انفساخ العقد في الإرضاع دون الحَضانة**) هـٰذا الخلاف مبني علىٰ أن المعقود عليه

---

(١) بحر المذهب (٨/٣٠٣) .
(٢) الحاوي الكبير (٩/٢٥١) .
(٣) في (د) : (والحضانة : حفظ الصبي) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَجِبُ حِبْرٌ وَخَيْطٌ وَكُحْلٌ عَلَىٰ وَرَّاقٍ وَخَيَّاطٍ وَكَحَّالٍ . **قُلْتُ** : صَحَّحَ ٱلرَّافِعِيُّ فِي « ٱلشَّرْحِ » ٱلرُّجُوعَ فِيهِ إِلَى ٱلْعَادَةِ ، فَإِنِ ٱضْطَرَبَتْ . . وَجَبَ ٱلْبَيَانُ ، وَإِلاَّ . . فَتَبْطُلُ ٱلإِجَارَةُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

ماذا ؟ فقيل : إنه اللبن ؛ لأنه أشدُّ مقصوداً ، والحضانة تابعة ، فعليه : ينفسخ العقد بانقطاعه ، **وقيل** : عكسه ؛ لأن الإجارة وُضعت للمنافع ، والأعيان تقع تابعةً ، فعليه : لا ينفسخ العقد ، لكن للمستأجر الخيار ؛ لأنه عيب .

والأصحُّ : أن المعقود عليه كلاهما ؛ لأنهما مقصودان ، فعليه : ينفسخ العقد في الإرضاع ، ويسقط قسطه من الأجرة ، وفي الحضانة قولا تفريقِ الصفقة .

قال الرافعي : ولم يفرقوا في طرد الخلاف بين أن يصرح بالجمع بينهما ، أو يذكر أحدهما ، ويحكم باستتباعه الآخر ، وحسنٌ أن يفرَّق ، فيقال : إن صرح . . فمقصودان قطعاً ، وإن ذكر أحدهما . . فهو المقصود ، والآخر تابع . انتهىٰ[١] ، وقد خصصه الإمام بما إذا جمع بين الحضانة والإرضاع[٢] .

(**والأصحُّ : أنه لا يجب حِبر وخيط وكُحل علىٰ وَرَّاق**) وهو الناسخ (**وخَيَّاط وكَحَّال**) اقتصاراً علىٰ مدلول اللفظ ، والأعيان لا تُستَحق بالإجارة ، وأمر اللبن علىٰ خلاف القياس ؛ للضرورة .

(**قلت : صحح الرافعي في « الشرح » الرجوعَ فيه إلى العادة**) إذ لا ضابط في الشرع ، ولا في اللغة .

(**فإن اضطربت . . وجب البيان ، وإلا . . فتبطل الإجارة ، والله أعلم**) للجهالة .

واعلم : أن الرافعي لم يعبر بالأصحِّ ، بل قال : **إنه الأشبه** ، وقال عن الأول : **إنه الأشهر**[٣] ، وفي « المحرر » **إنه المشهور** ، فإذاً لا اعتراض على « المحرر » لأنه اقتصر على المشهور[٤] ، وإن كان الأشبه من حيث المعنىٰ خلافه .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) .
(٢) نهاية المطلب (٨/ ٧٨) .
(٣) الشرح الكبير (٦/ ١٢٤) .
(٤) المحرر (ص ٢٣٢) .

فَصْلٌ

[فيما يلزم المكري أو المكتري لعقار أو دابة]

يَجِبُ تَسْلِيمُ مِفْتَاحِ ٱلدَّارِ إِلَى ٱلْمُكْتَرِي . وَعِمَارَتُهَا عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ ، فَإِنْ بَادَرَ وَأَصْلَحَهَا ، وَإِلاَّ . . فَلِلْمُكْتَرِي ٱلْخِيَارُ . . . .

قال المنكت : وظاهر عبارة « الكتاب » : أن المصنف لم يصحح شيئاً ، بل ذكر اختلاف تصحيح الرافعي في كتابيه ، قال : وقد يقال إنه مرجح للأول ؛ لأنه حكى الثاني ، ولم يصححه فدلَّ على اختياره الأول ، وقد يقال : إنه مرجح للثاني ؛ لأنه كالاستدراك ، ويؤيده أنه في « الروضة » لما ذكر تصحيح الثاني لم يتعقبه بما في « المحرر »[١] .

* * *

(فصل : يجب تسليم مفتاح الدار إلى المكتري) لتوقف الانتفاع عليه ، فإن لم يسلمه . . فللمكتري الخيار ، قال القاضي : وتنفسخ الإجارة في مدة المنع ، وهـٰذا في مفتاح غَلَقٍ مُثبَّتٍ ، أما لو كانت يُقفَل عليها قُفْلُ حديد . . لم يجب تسليم القُفل ، فإن الأصل عدمُ دخول المنقول .

(وعمارتها على المؤجر) سواء كانت مَرَمَّةً لا تحتاج إلىٰ عين زائدة ؛ كإقامة جذع مائل ، أو تحتاج ؛ كبناء وجذع وتطيين .

(فإن بادر وأصلحها) فذاك (وإلا . . فللمكتري الخيار) إذا نقصت المنفعة ؛ لتضرره ، فإذا وَكَفَ البيتُ . . ثبت الخيار في تلك الحالة ، فإذا انقطع . . زال الخيار إلا إذا حصل بسببه نقص .

وقوله : (فإن بادر . . .) إلىٰ آخره يقتضي أنه لا يجب عليه العمارة ، ومحله في الطِّلْق إذا احتاج إلىٰ عين ؛ لأنه إلزام عين جديدة ، أما المَرَمَّة . . ففيها وجهان بلا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »[٢] ، أما الوقف . . فتجب عمارته ؛ كما أوضحوه في بابه ، وفي معناه : المتصرف بالاحتياط ؛ كولي الطفل .

---

(١) السراج (٤/ ٢٤٧) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢١٠) ، الشرح الكبير (٦/ ١٢٦) .

وَكَسْحُ ٱلثَّلْجِ عَنِ ٱلسَّطْحِ عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ . وَتَنْظِيفُ عَرْصَةِ ٱلدَّارِ عَنْ ثَلْجٍ وَكُنَاسَةٍ عَلَى ٱلْمُكْتَرِي . وَإِنْ أَجَّرَ دَابَّةً لِرُكُوبٍ . . فَعَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ إِكَافٌ وَبَرْذَعَةٌ وَحِزَامٌ وَثَفَرٌ وَبُرَةٌ وَخِطَامٌ ، . . . .

(وكسح الثلج) أي : كنسه (عن السطح على المؤجر) لأنه كالعمارة .

(وتنظيف عَرصة الدار عن ثلج وكُناسة على المكتري) أما الثلج . . فلأنه يتوقف عليه كمال الانتفاع لا أصله ، وأما الكُناسة . . فلحصولها بفعله ، بخلاف التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح فإنه لا يلزم المستأجرَ نقلُه **على الأصوب في « زيادة الروضة »**[1] .

وقوله : (على المكتري) ليس المراد إلزامَه بذلك ، وإنما المراد : أنه ليس على المكري ؛ كما صرح به في « الروضة »[2] .

وتنقية البالوعة والحَشِّ على المكتري **على الأصحِّ** ؛ لأنه حصل بفعله ، فإن نقَّىٰ . . فذاك ، وإلا . . فلا خيار له ، ولا يجب عليه تنقيتهما عند فراغ المدة **على الأصحِّ** .

(**وإن أجر دابةً لركوب . . فعلى المؤجر**) عند إطلاق العقد (**إكاف وبَرْذَعة وحِزام وثفر وبرة وخِطام**) لأن التمكين واجب عليه ، ولا يحصل بدون ذلك ، والعرف مطرد به ، وسواء إجارة العين والذمة .

والإكاف : ـ بكسر الهمزة وضمها ـ هو للحمار ؛ كالسَّرْج للفرس ، وكالقَتَب للبعير ، قاله المُطرِّزي وغيره[3] ، وفسره صاحب « تثقيف اللسان » ، وصاحب « الفصيح » بالبَرْذَعة ، فعلىٰ هـٰذا : لا يَحسن جمعُ المصنف بينهما .

والثَّفَر : ما يُجعل تحت ذنب الدابة .

والبُرَة : حلقة تُجعل في أنف البعير .

والخطام : ـ بكسر الخاء ـ : الخيط الذي يُشدُّ في البُرَة ، ثم يُشدُّ في طرف المِقود .

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢١٢) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢١٢) .

(٣) المغرب (١/ ٤١ـ٤٢) .

وَعَلَى ٱلْمُكْتَرِي مَحْمِلٌ وَمِظَلَّةٌ وَوِطَاءٌ وَغِطَاءٌ وَتَوَابِعُهَا ، وَٱلأَصَحُّ فِي ٱلسَّرْجِ : ٱتِّبَاعُ ٱلْعُرْفِ . وَظَرْفُ ٱلْمَحْمُولِ عَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ، وَعَلَى ٱلْمُكْتَرِي فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ . وَعَلَى ٱلْمُؤَجِّرِ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ : ٱلْخُرُوجُ مَعَ ٱلدَّابَّةِ لِتَعَهُّدِهَا ، وَإِعَانَةُ ٱلرَّاكِبِ فِي رُكُوبِهِ وَنُزُولِهِ بِحَسَبِ ٱلْحَاجَةِ ، وَرَفْعُ ٱلْحِمْلِ وَحَطُّهُ ، وَشَدُّ ٱلْمَحْمِلِ وَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي إِجَارَةِ ٱلْعَيْنِ إِلاَّ ٱلتَّخْلِيَةُ بَيْنَ ٱلْمُكْتَرِي وَٱلدَّابَّةِ . . . .

(**وعلى المكتري محمِل ومِظلة ووِطاء وغطاء وتوابعها**) كالحبل الذي يُشدُّ به المَحمِل على البعير ، أو يُشدُّ به أحد المحملين إلى الآخر ؛ عملاً بالعرف .

(**والأصحُّ في السَّرج**) إذا كان المستأجر فرساً (**اتِّباع العرف**) قطعاً للنزاع ، **والثاني** : على المؤجر ، كالإكاف ، **والثالث** : المنع ؛ لأنه ليس به عادة مطردة ، ولم يرجح الرافعي في « الشرحين » شيئاً ، واقتصر في « الروضة » علىٰ عزو تصحيحه لـ« المحرر »[1] .

(**وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة**) لأنه قد التزم النقل ، فليُهَيىء أسبابه ، والعادةُ مؤيدة له ، (**وعلى المكتري في إجارة العين**) لأنه ليس عليه إلا تسليم الدابة بالإكاف ونحوه .

(**وعلى المؤجر في إجارة الذمة : الخروج مع الدابة لتعهدها ، وإعانةُ الراكب في ركوبه ونزوله بحسَب الحاجة**) فينيخ البعير للمرأة والضعيف ، ويقرب البغل والحمار من نَشْزٍ ونحوه[2] ؛ ليسهل عليه ركوبه ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، والاعتبار في القوة والضعف بحالة الركوب لا بحالة الإجارة .

(**ورفعُ الحِمل وحطُّه ، وشدُّ المحمِل وحلُّه**) لاقتضاء العرف ذلك ، وقد يشمل شدَّ أحدِ المحملين إلى الآخر ، وهما بعد على الأرض ، **وهو الأصحُّ في « الشرح الصغير »** و« **زيادة الروضة** »[3] .

(**وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكتري والدابة**) فلا تجب عليه الإعانةُ

---

(١) الشرح الكبير (٦/١٣٨) ، روضة الطالبين (٥/٢١٩) .

(٢) النشز : المكان المرتفع من الأرض .

(٣) روضة الطالبين (٥/٢١٩) .

وَتَنْفَسِخُ إِجَارَةُ ٱلْعَيْنِ بِتَلَفِ ٱلدَّابَّةِ ، وَيَثْبُتُ ٱلْخِيَارُ بِعَيْبِهَا . وَلاَ خِيَارَ فِي إِجَارَةِ ٱلذِّمَّةِ ، بَلْ يَلْزَمُهُ ٱلإِبْدَالُ ، وَٱلطَّعَامُ ٱلْمَحْمُولُ لِيُؤْكَلَ يُبْدَلُ إِذَا أُكِلَ فِي ٱلأَظْهَرِ .

فَصْلٌ

[في بيان غاية المدة التي تقدر بها المنفعة تقريباً]

يَصِحُّ عَقْدُ ٱلإِجَارَةِ مُدَّةً تَبْقَىٰ فِيهَا ٱلْعَيْنُ غَالِباً ، ....

ونحوها ؛ لأنه لم يلتزم سوىٰ تسليم الدابة .

(**وتنفسخ إجارةُ العين بتلف الدابة**) لفوات المعقود عليه .

واحترز بـ(العين) عن إجارة الذمة ، فلا تنفسخ بل تبدل .

(**ويثبت الخيارُ بعيبها**) كما لو وجد المبيع معيباً ، **والمراد بالعيب** : ما يؤثر في المنفعة ، لا كلُّ عيب ؛ ككونها لا تبصر ليلاً ، أو تَعثُر ، أو عَرْجاء بحيث تتخلف عن القافلة .

(**ولا خيار في إجارة الذمة**) بتعيبها (**بل يلزمه الإبدال**) ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً ؛ لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة ، وهـٰذا غير سليم .

(**والطعام المحمول ليؤكل يُبدَل إذا أُكل في الأظهر**) كسائر المحمولات إذا باعها أو تلفت ، **والثاني** : لا ؛ لأن العادة في الزاد ألا يبدل .

والقولان إذا أكل بعضه، فإن أكل كلّه . . **فالمشهور** : الإبدال ، وفيه وجه ضعيف .

ومحلُّ الخلاف : إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر موضعه ، وإلا . . أبدل قطعاً ، وهـٰذا كلُّه عند الإطلاق فإن شُرط شيء . . اتبع .

واحترز بقوله : (أكل) عما إذا تلف بسرقة وغيرها ، فيبدل ، كذا جزما به ، وقال في « العجالة » : (فيه قول حكاه الماوردي)[1] .

* * *

(**فصل : يصحُّ عقد الإجارة مدةً تبقىٰ فيها العين غالباً**) لأنها تجوز إلىٰ سنة وِفاقاً ، وما جاز إليها . . جاز إلىٰ أكثر منها ؛ كالأجل في البيع .

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٢٢٠) ، الشرح الكبير (٦/ ١٣٩) ، عجالة المحتاج (٢/ ٩٣٧) . بلغ مقابلة علىٰ أصله ، غفر الله لمؤلفه ، ومتعنا بعلمه ، وختم له بخير ، ولله الحمد . اهـ هامش (أ) .

وَفِي قَوْلٍ : لاَ يُزَادُ عَلَىٰ سَنَةٍ ، وَفِي قَوْلٍ : ثَلاَثِينَ . وَلِلْمُكْتَرِي ٱسْتِيفَاءُ ٱلْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ ؛ فَيُرْكِبُ وَيُسْكِنُ مِثْلَهُ ، . . . .

وخرج بالغالب : ما لا يبقىٰ غالباً ، والمرجع في المدة التي تبقىٰ فيها العين غالباً إلىٰ أهل الخبرة ، قال في « أصل الروضة » : فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة علىٰ ما يليق به ، والأرض مئة سنة فأكثر[1] .

وظاهر إطلاقه : أنه لا فرق في ذلك بين الوقف والطِّلْق ، **وهو المشهور** ، وقال القاضي والمتولي : **أجمع الحكام** علىٰ أن الوقف لا يؤجر أكثر من ثلاث سنين ؛ لئلا يندرس ، قال الرافعي : **وهـٰذا الاصطلاح غير مطرد** ، وفي « أمالي السَّرَخْسي » **أن المذهب** : منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة ؛ كعمارة[2] ، وحكاه الإمام وجهاً ، وقال : لا اتجاه له في الوقف علىٰ جهات الخير .

(**وفي قول : لا يزاد علىٰ** سنة) لاندفاع الحاجة بها ، (**وفي قول : ثلاثين**) لأنها شطرُ العمر الغالب ، والغالب تغيُّر الأشياء بعدها ، **وقيل** : يجوز إلىٰ مدة لا تبقىٰ فيها العينُ غالباً ؛ لأن الأصل فيها الدوامُ ، وصححه في « البسيط » .

(**وللمكتري استيفاءُ المنفعة بنفسه وبغيره**) كما يجوز أن يؤجر ما استأجره من غيره ، فلو شُرط استيفاءها بنفسه . . لم يصحَّ ؛ كما جزم به في « الكافي » ؛ كما لو باع عيناً بشرط ألا يبيعها ، **وقيل** : يصحُّ ويلغو الشرط ، **وقيل** : يصحان ، حكاهما في « المهذب » و« البحر » و« البيان »[3] .

ويستوفي المنفعة بالمعروف ؛ فإذا استأجر ثوباً للبس . . لبسه نهاراً ، وليلاً إلىٰ وقت النوم ، ولا ينام فيه ليلاً ، ويجوز نهاراً **على الأصحِّ** .

(**فيُركِب ويسكن مثلَه**) لأنه استيفاء عين المنفعة المستحقة بغير زيادة ، **وفهم منه** : جواز استيفاء من هو دونه من باب أولىٰ .

---

(١) روضة الطالبين (٥/١٩٦) .

(٢) الشرح الكبير (٦/١١١ـ ١١٢) .

(٣) المهذب (١/٥٢٧) ، بحر المذهب (٨/٣٣٨) ، البيان (٧/٣٥٣) .

وَلاَ يُسْكِنُ حَدَّاداً وَقَصَّاراً . وَمَا يُسْتَوْفَىٰ مِنْهُ ؛ كَدَارٍ وَدَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ . . لاَ يُبْدَلُ ، وَمَا يُسْتَوْفَىٰ بِهِ ؛ كَثَوْبٍ وَصَبِيٍّ عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَٱلِارْتِضَاعِ . . يَجُوزُ إِبْدَالُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَدُ ٱلْمُكْتَرِي عَلَى ٱلدَّابَّةِ وَٱلثَّوْبِ يَدُ أَمَانَةٍ مُدَّةَ ٱلإِجَارَةِ ، . . . .

(**ولا يسكن حدَّاداً وقصَّاراً**) والصورة أنه ليس كذلك ؛ لزيادة الضرر .

(**وما يُستوفَىٰ منه ؛ كدار ودابة معينة . . لا يُبْدل**) كما لا يبدل المبيع .

وقوله : (معينة) قيد في الدابة خاصة ، فإن الدار لا تكون إلا معينة .

ويستثنىٰ من مفهومه : ما إذا تسلم المستأجر الدابة في إجارة الذمة . . فإنه ليس للمؤجر إبدالها بغير رضاه **على الأصحِّ** ؛ لاختصاصه بها .

(**وما يُستوفىٰ به ؛ كثوب وصبي عُيِّنَ للخياطة والارتضاع**) وكأغنام معينة للرعي (. . **يجوز إبداله**) بمثله (**في الأصحِّ**) لأنه ليس بمعقود عليه ، وإنما هو طريق الاستيفاء ، فأشبه الراكب والمتاع المعين للحمل ، **والثاني** : المنع ؛ كالمستوفىٰ منه[(١)] ، وما رجحه تبع فيه « المحرر »[(٢)] ، وكذا في « الشرح الصغير » ، ولا ترجيح في « الروضة » و« أصلها » .

وقضية كلامهما : أن الأكثرين على المنع[(٣)] ، وعزاه في « الشامل » للأصحاب .

وكان ينبغي أن يقول : (عيّنا) فإنه صفة لصبي وثوب ، وإيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذٌّ[(٤)] .

(**ويد المكتري على الدابة والثوب يدُ أمانة مدةَ الإجارة**) فيصدق في التلف ، ولا يضمن ما تلف منها بلا تعد ولا تقصير بالإجماع ؛ لأنه مستحق المنفعة ، ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات اليد على العين ، فكانت أمانة ؛ كالشجرة يشترىٰ

---

(١) قال في « العجالة » [٢/٩٣٨] : وفرق الأول بينه وبين المستوفي بأن الثوب والصبي يتأثران بالمنفعة حتىٰ يقدر العمل فيها عيناً تارة ، وأثراً أخرىٰ ، بخلاف الراكب فإنه لا يتأثر) . انتهىٰ ، ولم يتضح لي ، وليتأمل . **اهـ هامش (أ)** .

(٢) المحرر (ص ٢٣٣) .

(٣) روضة الطالبين (٥/ ٢٢٤) ، الشرح الكبير (٦/ ١٤٤) .

(٤) قال في « التحفة » [٦/ ١٧٥] : (وأفرد الضمير ؛ لأن القصد التنويع كما قررته ، فاندفع ما قيل : إيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذٌّ) . انتهىٰ . **اهـ هامش (د)** .

وَكَذَا بَعْدَهَا فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ رَبَطَ دَابَّةً ٱكْتَرَاهَا لِحَمْلٍ أَوْ رُكُوبٍ وَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا . . لَمْ يَضْمَنْ إِلاَّ إِذَا ٱنْهَدَمَ عَلَيْهَا إِصْطَبْلٌ فِي وَقْتٍ لَوِ ٱنْتَفَعَ بِهَا لَمْ يُصِبْهَا ٱلْهَدْمُ . وَلَوْ تَلِفَ ٱلْمَالُ فِي يَدِ أَجِيرٍ بِلاَ تَعَدٍّ ؛ كَثَوْبٍ ٱسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَتِهِ أَوْ صَبْغِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ لَمْ يَنْفَرِدْ بِٱلْيَدِ ؛ بِأَنْ قَعَدَ ٱلْمُسْتَأْجِرُ مَعَهُ أَوْ أَحْضَرَهُ مَنْزِلَهُ ، . . . .

ثمرتها ، بخلاف ظرف المبيع فإنه مضمون **على الأصحِّ** ؛ لأنه يمكن قبض المبيع بدون الظرف ، فتمحض قبضه لغرض نفسه .

(**وكذا بعدها في الأصحِّ**) استصحاباً لما كان ؛ كالمودَع ، **والثاني** : يضمن ؛ كالمستعير .

(**ولو ربط دابة اكتراها لحمل أو ركوب ولم ينتفع بها**) وتلفت (. . **لم يضمن**) لأنها بيده أمانة ، وسواء تلفت في المدة أو بعدها .

وإنما قيد المسألة بالربط . . ليستثني منها ، وإلا لو تلفت في مدة الانتفاع . . كان الحكم كذلك .

(**إلا إذا انهدم عليها إصطبلٌ في وقت لو انتفع بها لم يُصبها الهَدْم**) لأنه لو استعملها خارج الإصطبل في وقت الانهدام . . لسلمت ، ولا بدَّ من تقييده بأن تكون العادة في ذلك الوقت جاريةً بالانتفاع بها ؛ كالنهار ؛ للاحتراز عما إذا كان المعهود في تلك الحالة أن تكون تحت سقف ؛ كجُنْح الليل في الشتاء ، فإنه لا يضمن .

(**ولو تلف المال في يد أجير بلا تعدٍّ ؛ كثوب استؤجر لخياطته أو صَبغِه . . لم يضمن إن لم ينفرد باليد ؛ بأن قعد المستأجر معه ، أو أَحضره منزلَه**) لأن يد المالك ثابتةٌ على العين حكماً ، والمال غير مسلم إليه حقيقة ، وإنما استعان به المالك في شغله ؛ كالمستعين بالوكيل .

واحترز بقوله : (بلا تعدٍّ) عما إذا تعدَّىٰ ؛ كما لو أسرف الخَبَّاز في الوقود ، أو تركه في النار حتى احترق ؛ فإنه يضمن لا محالة .

وقوله : (بأن قعد . . .) إلىٰ آخره هو تفسير لقوله : (إن لم ينفرد) .

وقوله : (أو صبغه) هو بفتح الصاد ؛ كما ضبطه المصنف بخطه ؛ **لأن المراد به** : المصدر لا ما يُصبغ به .

وَكَذَا إِنِ ٱنْفَرَدَ فِي أَظْهَرِ ٱلْأَقْوَالِ ، وَٱلثَّالِثُ : يَضْمَنُ ٱلْمُشْتَرِكُ ـ وَهُوَ مَنِ ٱلْتَزَمَ عَمَلاً فِي ذِمَّتِهِ ـ لاَ ٱلْمُنْفَرِدُ ؛ وَهُوَ : مَنْ أَجَّرَ نَفْسَهُ مُدَّةً مُعَيَّنَةً لِعَمَلٍ . وَلَوْ دَفَعَ ثَوْباً إِلَىٰ قَصَّارٍ لِيَقْصُرَهُ ، أَوْ خَيَّاطٍ لِيَخِيطَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَذْكُرْ أُجْرَةً . . فَلاَ أُجْرَةَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ مَعْرُوفاً بِذَلِكَ ٱلْعَمَلِ . . فَلَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ ، وَقَدْ يُسْتَحْسَنُ . . . .

(وكذا إن انفرد) باليد (في أظهر الأقوال) سواء المشترك والمنفرد ؛ لأنه لم تثبت يده لمحض غرضه ، وإنما أثبتها لغرضه وغرض المالك ؛ فأشبه عامل القراض والمستأجر ، فإنهما لا يضمنان ؛ إجماعاً ، **والثاني** : يضمن ؛ لحديث : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ »[1] ، ولأنه أخذه لمصلحة نفسه ؛ كالمستعير والمستام .

(**والثالث** : يضمن المشترك ، وهو : من التزم عملاً في ذمته) كعادة الخيَّاطين والقصَّارين ، (لا المنفردُ ؛ وهو : من أجر نفسه مدة معينة لعمل) لأن المنفرد منافعه مختصة بالمستأجر في المدة ، فيده كيد الوكيل مع المُوكِّل ، ولأن استحقاقه الأجرةَ لا يتوقف على العمل ، بل على التمكن منه ، فلم يكن العمل واقعاً له ، بخلاف المشترك ؛ فإنه لا يستحق إلا بالعمل .

(ولو دفع ثوباً إلىٰ قَصَّار ليَقصُره ، أو) إلىٰ (خَيَّاط ليخيطه ففعل ولم يذكر أجرةً . . فلا أجرة له) لأنه لم يلتزم له عوضاً ؛ فصار كقوله : (أطعمني) ، فأطعمه ، (وقيل : له) أجرة المثل ؛ لاستهلاكه منفعته ، (وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل) بالأجرة (. . فله ، وإلا . . فلا) لدلالة العرف علىٰ ذلك . (وقد يُستحسن) لموافقة العادة ، وحكاه الروياني في « الحلية » عن الأكثرين ، وقال : **إنه الاختيار** ، وقال في « البحر » : **وبه أُفتي**[2] ، وقال الغزالي : **إنه الأظهر** ، وقال الشيخ عز الدين : **إنه الأصحُّ** ، وأفتىٰ به خلق من المتأخرين ، **وعلىٰ هـٰذا** : فيجب للعامل أجرةُ المثل ؛ كما هو ظاهر كلام الرافعي وغيره[3] ، وقال الشيخ عز الدين : تجب له الأجرةُ

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/٤٧) ، وأبو داوود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

(٢) بحر المذهب (٨/٣١٣) .

(٣) الشرح الكبير (٦/١٥١) .

وَلَوْ تَعَدَّى ٱلْمُسْتَأْجِرُ ؛ بِأَنْ ضَرَبَ ٱلدَّابَّةَ ، أَوْ كَبَحَهَا فَوْقَ ٱلْعَادَةِ ، أَوْ أَرْكَبَهَا أَثْقَلَ مِنْهُ ، أَوْ أَسْكَنَ حَدَّاداً أَوْ قَصَّاراً . . ضَمِنَ ٱلْعَيْنَ ، وَكَذَا لَوِ ٱكْتَرَىٰ لِحَمْلِ مِئَةِ رَطْلِ حِنْطَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً شَعِيراً أَوْ عَكَسَ . . . .

التي جرت بها العادةُ لذلك العامل وإن زادت علىٰ أجرة المثل .

واحترز بقوله : (ولم يذكر أجرة) عما إذا قال : (مجّاناً) ، فلا يستحق شيئاً قطعاً ، أو ذكر الأجرة ، فيستحقها قطعاً .

وعلى الأول الأصحِّ : **استُثني** : عاملُ المساقاة ؛ إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك . . استَحق الأجرة ؛ كما جزما به هناك[1] ، ولا يستثنىٰ داخل الحَمَّام حيث تجب عليه الأجرة وإن لم يَشرِط شيئاً ، فإن الداخل مستوفٍ منفعةَ الحمام بسكونه ونحوه ، فإن صاحب المنفعة هو الذي صرفها إلى الغير .

ويستثنىٰ : عامل الزكاة ، حيث قال الرافعي : إن شاء الإمام . . بعثه ثم أعطاه الأجرة ، وإن شاء . . سَمَّىٰ له ؛ لأن الأجرة ثابتة له بنصِّ القرآن ، فهي مسماة شرعاً ، سماها الإمام حين البعث أم لا .

(**ولو تعدى المستأجر ؛ بأن ضرب الدابةَ ، أو كبحها**) أي : جذبها باللجام لتقف (**فوق العادة ، أو أركبها أثقلَ منه ، أو أسكن حدَّاداً أو قصَّاراً**) وهما أشد ضرراً مما استأجر له (. . **ضمن العين**) أي : دخلت في ضمانه ؛ لتعديه .

واحترز بـ(فوق العادة) : عما لو ضربها الضرب المعتاد فتلفت . . فإنه لا يضمن ، بخلاف ضرب الزوجة ؛ لإمكان تأديبها باللفظ .

واستثني : ما لو تعدىٰ في الأرض المستأجرة لزرع الحنطة فزرع الذرة ، فإنه لا يصير ضامناً للأرض غاصباً لها **على الأصحِّ في « زيادة الروضة »**[2] ، بل تلزمه أجرة المثل للذرة ، **وأجيب** : بأنه إنما تعدىٰ في المنفعة لا الرقبة .

(**وكذا لو اكترىٰ لحمل مئة رطلٍ حنطةً فحمل مئة شعيراً ، أو عكس**) لأن الحنطة

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ١٦٠) ، الشرح الكبير (٦/ ٧٠) .
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢١٨) .

أَوْ لِعَشْرَةِ أَقْفِزَةِ شَعِيرٍ فَحَمَلَ حِنْطَةً دُونَ عَكْسِهِ . وَلَوِ ٱكْتَرَىٰ لِمِئَةٍ فَحَمَلَ مِئَةً وَعَشَرَةً . . لَزِمَهُ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ لِلزِّيَادَةِ ، وَإِنْ تَلِفَتْ بِذَلِكَ . . ضَمِنَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُهَا مَعَهَا ، فَإِنْ كَانَ . . ضَمِنَ قِسْطَ ٱلزِّيَادَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : نِصْفَ ٱلْقِيمَةِ . وَلَوْ سَلَّمَ ٱلْمِئَةَ وَٱلْعَشَرَةَ إِلَى ٱلْمُؤَجِّرِ ، فَحَمَّلَهَا جَاهِلاً . . . .

أثقل ، فيجتمع ثقلها في موضع واحد ، والشعير أخف ، فيأخذ من ظهر الدابة أكثر ، فالضرر مختلف .

(**أو لعشرةِ أقفزةِ شعيرٍ فحمل حنطة**) لأنها أثقل (**دون عكسه**) وهو ما إذا اكترىٰ لحمل عشرة أقفزة حنطة ، فحمل شعيراً ؛ لأن قدرهما في الحجم سواء ، والشعير أخف .

(**ولو اكترىٰ لمئة فحمل مئةً وعشرة . . لزمه أجرة المثل للزيادة**) مع المُسمَّىٰ ؛ لتعديه بها ، وإنما مثل بالعشرة للإشارة إلىٰ أن محلَّ ذلك : إذا كانت الزيادة قدراً لا يقع التفاوت به بين الكَيْلين ، أما لو كانت كذلك ؛ كما لو حمل زيادة يتسامح فيها ، قال ابن الرفعة : كالمَكُّوك والمَكُّوكين . . فإنه لا أجرة ولا ضمان بسببها[1] .

(**وإن تلفت بذلك . . ضمنها**) ضمان يد (**إن لم يكن صاحبُها معها**) لأنه صار غاصباً بحمل الزيادة .

وقوله : (بذلك) غير قيد ؛ فلو تلفت بسبب غيره . . ضمنها .

(**فإن كان**) صاحبها معها (. . **ضمن قسطَ الزيادة**) مواخذة له بقدرالجناية ، (**وفي قول : نصفَ القيمة**) لأن تلفها بمضمون وغيره ، فقسطت القيمة عليهما ؛ كما لو جرحه واحد جراحة وآخر جراحات .

وفرق الأول بتيسر التوزيع هنا ، بخلاف الجراحات فإن نكاياتها لا تنضبط .

وأصل القولين : القولان فيما يلزم الجلاد إذا ضرب إحدىٰ وثمانين ، وهنا يجيء القيد السابق للضمان وهو كون التلف بسبب الحمل ، **فإن تلفت** بغيره . . لم يضمن .

(**ولو سَلَّم المئة والعشرة إلى المؤجر ، فحملها جاهلاً**) بالزيادة ؛ بأن قال له :

---

(١) كفاية النبيه (١١/٢٥٩) .

ضَمِنَ ٱلْمُكْتَرِي عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلَوْ وَزَنَ ٱلْمُؤَجِّرُ وَحَمَلَ . . فَلاَ أُجْرَةَ لِلزِّيَادَةِ ، وَلاَ ضَمَانَ إِنْ تَلِفَتْ . وَلَوْ أَعْطَاهُ ثَوْباً لِيَخِيطَهُ فَخَاطَهُ قَبَاءً وَقَالَ : (أَمَرْتَنِي بِقَطْعِهِ قَبَاءً) ، فَقَالَ : (بَلْ قَمِيصاً) . . فَٱلأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ ٱلْمَالِكِ بِيَمِينِهِ ، وَلاَ أُجْرَةَ عَلَيْهِ ، وَعَلَى ٱلْخَيَّاطِ أَرْشُ ٱلنَّقْصِ .

(هو مئة كما ذكرنا) ، فظن صدقه (. . **ضمن المكتري على المذهب**) كما لو حمل بنفسه ، فيأتي فيه الخلاف السالف ؛ لأن إعداد المحمول ، وشدَّ الأعدال ، وتسليمها إليه بعد عقد الإجارة . . كالإلجاء إلى الحمل شرعاً ، فكان كشهادة شهود القصاص ، **والطريق الثاني** : أنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة .

واحترز بالجاهل : عن العالم ؛ فإنه إذا حمله ولم يقل له المستأجر شيئاً . . فحكمه ما سيأتي في كلامه ؛ لأنه حمل بغير إذن صاحبه .

(**ولو وزن المؤجر وحمل . . فلا أجرة للزيادة**) لأنه لم يأذن في حملها ، (**ولا ضمان**) على المستأجر (**إن تلفت**) إذ لا يدَ ، ولا تعديَ .

(**ولو أعطاه ثوباً ليخيطه فخاطه قَباءً ، وقال** : « **أمرتني بقَطْعِهِ قَباءً** » ، **فقال** : « بل قميصاً » ، **فالأظهر** : **تصديق المالك بيمينه**) ؛ لأن القول قولُه في أصل الإذن ، فكذا في صفته ، **والثاني** : يصدق الأجير ؛ لأنهما اتفقا علىٰ إذنه في القطع ، **والظاهر** : أنه لا يتجاوز إذنه ، والأصل : براءة ذمته .

(**ولا أجرة عليه**) بعد حلفه ؛ لأنها إنما تجب بالإذن ، وقد صدقناه في عدمه .

(**وعلى الخياط أرشُ النقص**) لأنه إذا انتفى الإذن . . فالأصلُ الضمان ، وفي الأرش الواجب وجهان : **أحدهما** : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، وصححه في « المهمات » تبعاً لجماعة[1] ، **والثاني** : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قَباء ، واختاره السبكي ، وقال : لا يتجه غيره ؛ لأن أصل القطع مأذونٌ فيه ، **وعلىٰ هـٰذا** : إن لم ينقص أو زادت قيمته عن المأذون . . فلا شيء .

* * *

---

(١) المهمات (٦/ ١٦٩) .

فَصْلٌ

[فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخيير في فسخها وما لا يقتضيهما]

لاَ تَنْفَسِخُ إِجَارَةٌ بِعُذْرٍ ؛ كَتَعَذُّرِ وَقُودِ حَمَّامٍ ، وَسَفَرٍ ، وَمَرَضِ مُسْتَأْجِرِ دَابَّةٍ لِسَفَرٍ . وَلَوِ ٱسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِزِرَاعَةٍ فَزَرَعَ فَهَلَكَ ٱلزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ . . فَلَيْسَ لَهُ ٱلْفَسْخُ وَلاَ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ ٱلأُجْرَةِ . وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ ٱلدَّابَّةِ وَٱلأَجِيرِ ٱلْمُعَيَّنَيْنِ فِي ٱلْمُسْتَقْبَلِ . . . .

(فصل : لا تنفسخ إجارةٌ بعذر) من المؤجِّر أو المستأجر (كتعذر وَقود حمام ، وسفر ، ومرضِ مستأجرِ دابةٍ لسَفَرٍ) لأنه لا خلل في المعقود عليه .

وكلامه قد يفهم : ثبوت الخيار للمعذور ، وليس كذلك ، فلو قال : (لا تفسخ) . . لكان أولىٰ .

وإنما قيدت العذر بالمؤجر والمستأجر للاحتراز عما لو خرب ما حول الدار المستأجرة ، وبطلان السوق الذي فيه الحانوت المستأجَر ، فإنه لا يثبت الخيار ؛ كما قاله الماوردي والروياني[(١)] ، لكن ذكر في « البحر » في موضع آخر أن عدم دخول الناس الحمام المستأجرة بسبب فتنة حادثة أو خراب الناحية . . عيبٌ يثبت الخيار[(٢)] ، قال في « المطلب » والتسوية متجه .

وبعض مشايخنا فرق : بأن الحمام مستأجر لدخول الناس إليها ، فإذا تعطل . . كان عيباً ، ولا كذلك الحانوت والدار ؛ فإنهما مستأجران للسكنىٰ ، وهي ممكنة علىٰ كلِّ حال . انتهىٰ .

وضعف الفرق بأن قضيته : أنه لو حصل قحط وعُدِمَ الحَبُّ أن يثبت لمستأجر الرحى الخيار ، ولم يقل به أحد .

(**ولو استأجر أرضاً لزراعة فزرع فهلك الزرعُ بجائحة**) كسيل أو جراد (. . **فليس له الفسخ ولا حطُّ شيء من الأجرة**) لأن الجائحة لحقت زرعه لا منفعةَ الأرض ؛ كما لو استأجر بزازٌ حانوتاً . . فاحترق بزه .

(**وتنفسخ بموت الدابة والأجيرِ المعيَّنين في المستقبل**) لفوات المعقود عليه ، وهو

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٢١٧) ، بحر المذهب (٨/ ٢٧١) .

(٢) بحر المذهب (٨/ ٣١٦) .

لاَ ٱلْمَاضِي فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَيَسْتَقِرُّ قِسْطُهُ مِنَ ٱلْمُسَمَّىٰ . وَلاَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ ٱلْعَاقِدَيْنِ وَمُتَوَلِّي ٱلْوَقْفِ . . . .

المنفعة قبل قبضها ؛ كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض ، (**لا الماضي في الأظهر**) لاستقراره بالقبض ، **والثاني** : ينفسخ فيه أيضاً ؛ لأن العقد واحد ، وقد انفسخ في البعض ، فلينفسخ في الباقي ، وهـٰذا إذا كان الماضي لمثله أجرة ، فإن لم يكن . . انفسخ في جميع المدة .

واحترز بالمعيَّن : عما في الذمة ، فلا تنفسخ بتلفه ؛ لأن العقد لم يَرِدْ عليه .

(**فيستقر قسطُه من المسمَّىٰ**) تفريعاً **على الأظهر** ، فتقوم المنفعة في المدتين الماضية والباقية ، ويُوَزَّع المُسمَّىٰ علىٰ نسبة القيمة فيهما ؛ كما يوزع الثمن علىٰ نسبة الأعيان إذا تلف بعضها قبل القبض ، فإذا كانت أجرة مثل المدة الباقية ثلث أجرة المدتين . . رجع من المُسمَّىٰ بثلثه ، وإنما لم يوزع المُسمَّىٰ علىٰ نسبة المدتين ؛ لأن ذلك يختلف؛ إذ قد تزيد أجرة شهر علىٰ شهرين فأكثر ؛ لكثرة الراغبين فيه دون غيره .

(**ولا تنفسخ بموت العاقدين**) أو أحدهما ، بل إن مات المستأجر . . خلفه الوارث في الاستيفاء ، أو المؤجِّرُ . . تُرِكَ المال عند المستأجر إلى انقضاء المدة ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، فلا ينفسخ بالموت ؛ قياساً على البيع .

واستثني من عدم الانفساخ : ما لو أوصىٰ بمنفعة داره لزيد مدةَ عُمُرِ زيدٍ فقبل الوصية ، وأجرها زيد مدة ثم مات في خلالها . . انفسخت الإجارة ؛ لانتهاء حقِّه بموته .

ورُدَّ الاستثناء : بأن الانفساخ بانتهاء حقِّ المؤجر بالموت لا لموت العاقد .

(**ومتولِّي الوقف**) أي : ناظره ؛ لأنه ناظر للجميع ، ولا يختص نظره ببعض الموقوف عليهم .

نعم ؛ لو كان الناظر هو المستحق للوقف وأجَّره بدون أجرة المثل ، فإنه يجوز له ذلك ، ولو مات في أثناء المدة ، قال ابن الرفعة : فيظهر فيه الجزم بالانفساخ ، فتستثنىٰ هـٰذه الصورة من إطلاق المصنف .

وَلَوْ أَجَّرَ ٱلْبَطْنُ ٱلأَوَّلُ مُدَّةً وَمَاتَ قَبْلَ تَمَامِهَا ، أَوِ ٱلْوَلِيُّ صَبِيّاً مُدَّةً لاَ يَبْلُغُ فِيهَا بِٱلسِّنِّ فَبَلَغَ بِٱلِاحْتِلاَمِ . . فَٱلأَصَحُّ : ٱنْفِسَاخُهَا فِي ٱلْوَقْفِ لاَ ٱلصَّبِيِّ ، وَأَنَّهَا تَنْفَسِخُ بِٱنْهِدَامِ ٱلدَّارِ ، . . . .

(**ولو أجر البطنُ الأولُ مدةً ومات قبل تمامها ، أو الوليُّ صبيّاً مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ بالاحتلام . . فالأصحُّ : انفساخها في الوقف**) لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة عنه (**لا الصبيِّ**) لأنه ولي حين تصرفه ، وقد بناه على المصلحة ، فيلزم ؛ كما لو زَوَّجه ، **والثاني** : أنها لا تنفسخ في الوقف ؛ كما لو أجر ملكه ومات ، وتنفسخ في الصبي ؛ لأنا تبينا أنه زاد علىٰ حدِّ ولايته .

وما صححه في الصبي تبع فيه « المحرر » ونقل الرافعي في « الشرحين » ترجيحَ كلٍّ منهما عن جماعة ، ولم يصرح بترجيح[1] ، زاد في « الروضة » أن الرافعي صحح في « المحرر » الثاني[2] ؛ أي : وهو الانفساخ ، وهو سبق قلم .

واحترز بقوله : (لا يبلغ فيها بالسن) عما إذا كان يبلغ فيها به ، **فإن المذهب** : القطع ببطلان ما زاد علىٰ مدة البلوغ ، وفي الباقي قولا تفريقِ الصفقة .

ولو أجر الولي مال المجنون فأفاق في أثناء المدة ، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام .

وقد استشكل تصوير إجارة البطن الأول ؛ لأنه إن شرط له النظر فهو متول ، وقد مر أنها لا تنفسخ بموته ، وإلا . . فلا نظر له .

وأجيب بتصويرها فيما إذا شرط الواقف لكل فرد من كلِّ بطن أن ينظر في نصيبه ؛ كما ذكره صاحب « الاستقصاء » ، وابن الصباغ ، وسليم ، وغيرهم .

وأجاب به ابنُ الصلاح في « فتاويه » ، ثم ذكر ما حاصله : أنه متىٰ كان الناظر مستحقاً في الوقف . . انفسخت ، وإن لم يكن مستحقاً . . استمرت[3] .

(**وأنها تنفسخ بانهدام الدار**) لزوال الاسم وفوات المنفعة ، فلو انهدم بعضها . . لم تنفسخ ، بل يثبت الخيار ، **فإن** بادر المؤجر وأصلحها . . سقط الخيار .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ١٧٩) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٥٠) .

(٣) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٧٨) .

لاَ ٱنْقِطَاعِ مَاءِ أَرْضٍ ٱسْتُؤْجِرَتْ لِزِرَاعَةٍ ، بَلْ يَثْبُتُ ٱلْخِيَارُ . وَغَصْبُ ٱلدَّابَّةِ وَإِبَاقُ ٱلْعَبْدِ يُثْبِتُ ٱلْخِيَارَ . وَلَوْ أَكْرَىٰ جِمَالاً وَهَرَبَ وَتَرَكَهَا عِنْدَ ٱلْمُكْتَرِي . . رَاجَعَ ٱلْقَاضِيَ لِيَمُونَهَا مِنْ مَالِ ٱلْجَمَّالِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ لَهُ مَالاً . . ٱقْتَرَضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَثِقَ بِٱلْمُكْتَرِي . . دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، وَإِلاَّ . . جَعَلَهُ عِنْدَ ثِقَةٍ ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنْهَا قَدْرَ ٱلنَّفَقَةِ ، وَلَوْ أَذِنَ لِلْمُكْتَرِي فِي ٱلإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ لِيَرْجِعَ . . جَازَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

(**لا انقطاعِ ماء أرض استُؤجرت لزراعة**) لبقاء اسم الأرض مع إمكان زراعتها بغير الماء المنقطع ، (**بل يثبت الخيار**) للعيب ، وهـٰذا هو المنصوص فيهما ، **وقيل** : لا فسخ فيهما ، **وقيل** : فيهما قولان : **أظهرهما في** كلِّ مسألة : ما نُصَّ عليه ، وهي الطريقة المصححة ، فكان ينبغي التعبير بالمذهب .

ومحلُّ ثبوت الخيار : ما إذا لم يبادر المؤجر بسوق ماء إليها ، فإن بادر به . . سقط الخيار .

(**وغصبُ الدابة وإباق العبد يُثبت الخيار**) لتعذر الاستيفاء ، فلو بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب وإحضارِ الآبق **قبل** مضي مدة لمثلها أجرة . . سقط الخيار .

وصورة **المسألة** في إجارة العين ، فأما في إجارة الذمة . . فلا خيار ، بل على المؤجر الإبدالُ ، فإن امتنع . . استُؤجر عليه .

(**ولو أكرىٰ جمالاً وهرب وتركها عند المكتري . . راجع القاضيَ ليَمونها من مال الجَمَّال ، فإن لم يجد له مالاً . . اقترض عليه**) لأنه الممكن .

(**فإن وثق**) القاضي (**بالمكتري . . دفعه إليه**) سواء اقترض منه أو من غيره (**وإلا**) أي : وإن لم يثق به (. . **جعله عند ثقة**) لينفقه عليها ؛ لتعيُّنه طريقاً .

(**وله**) أي : للقاضي (**أن يبيع منها قدرَ النفقة**) عليها وعلىٰ من يخدمها ، **ومحلُّ البيع منها** : إذا تعذر القرض ، أو أمكن ولم يرده القاضي ، كما نقله ابن الملقن عن القاضي والإمام[1] ، ولا يجوز بيع جميعها خشية أن تأكل أثمانها .

(**ولو أذن للمكتري في الإنفاق من ماله ليرجع . . جاز في الأظهر**) لأنه محلُّ ضرورة ؛ كما لو استقرض منه ودفع إليه ، بخلاف ما لو هرب وأخذ معه الجمال ، فإن

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٩٤٤) .

وَمَتَىٰ قَبَضَ ٱلْمُكْتَرِي ٱلدَّابَّةَ أَوِ ٱلدَّارَ وَأَمْسَكَهَا حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ ٱلإِجَارَةِ . . ٱسْتَقَرَّتِ ٱلإِجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ ، وَكَذَا لَوِ ٱكْتَرَىٰ دَابَّةً لِرُكُوبٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ وَقَبَضَهَا وَمَضَتْ مُدَّةُ إِمْكَانِ ٱلسَّيْرِ إِلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ فِيهِ إِجَارَةُ ٱلْعَيْنِ وَٱلذِّمَّةِ إِذَا سَلَّمَ ٱلدَّابَّةَ ٱلْمَوْصُوفَةَ . وَتَسْتَقِرُّ فِي ٱلإِجَارَةِ ٱلْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ بِمَا يَسْتَقِرُّ بِهِ ٱلْمُسَمَّىٰ فِي ٱلصَّحِيحَةِ . . . .

الحاكم يكتري عليه أو يقترض ، ولا يجوز أن يكل أمر الكراء للمستأجر .

والفرق : أنه يصير وكيلاً في حقِّ نفسه ، بخلاف النفقة ، ذكره ابن الصباغ ، هٰذا إذا كانت إجارةَ ذمة ، فإن كانت إجارةَ عين . . فللمستأجر فسخُ العقد .

والثاني : المنع ؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن يكون القول قوله فيما يستحقه علىٰ غيره ، بل يأخذه القاضي ويدفعه إلىٰ أمين ، ثم الأمين يعطيه قدر الحاجة .

وأفهم : أنه لو أنفق بغير إذن الحاكم . . لم يرجع ، **ومحله** : إذا أمكن ، فإن لم يكن حاكم وأنفق وأشهد وشرط الرجوع . . رجع **في الأصحِّ** ، ولو كان هناك حاكم وعسر إثبات الواقعة عنده . . فهو كما لو لم يكن حاكم .

(ومتىٰ قبض المكتري الدابةَ أو الدار وأمسكها حتىٰ مضت مدةُ الإجارة . . استقرت الأجرة وإن لم ينتفع) لتلف المنافع تحت يده فيستقر عليه البدل ؛ كالمبيع إذا تلف في يد المشتري ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فإن فعل . . لزمه أجرة المثل مع المُسمَّىٰ .

(وكذا لو اكترىٰ دابة لركوبٍ إلىٰ موضع وقَبَضَها ، ومضت مدة إمكان السير إليه) لوجود التمكين من المؤجر بأقصى المقدور عليه ، فتستقر الأجرة ؛ كما لو كان الضبط بالمدة .

(وسواء فيه إجارةُ العين والذمة إذا سَلَّم الدابةَ الموصوفة) لتعين حقِّه بالتسليم ، وحصول التمكين .

وقوله : (إذا سلم) متعلق بالذمة خاصة .

(وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرةُ المثل بما يستقر به المسمَّىٰ في الصحيحة) سواء انتفع بها أم لا ، وسواء أكانت أجرةُ المثل أقلَّ من المُسمَّىٰ أم أكثر ؛ لأن المنفعة كالعين ، والبيع الفاسد كالصحيح في الضمان ، فكذا في الإجارة .

وتستثنىٰ : التخلية ، فإنها تكفي لقبض العقار في الإجارة الصحيحة ، بخلاف

وَلَوْ أَكْرَىٰ عَيْناً مُدَّةً وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّىٰ مَضَتِ . . ٱنْفَسَخَتْ ، وَلَوْ لَمْ يُقَدِّرْ مُدَّةً وَأَجَّرَ لِرُكُوبٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ وَلَمْ يُسَلِّمْهَا حَتَّىٰ مَضَتْ مُدَّةُ ٱلسَّيْرِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهَا لاَ تَنْفَسِخُ . وَلَوْ أَجَّرَ عَبْدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ تَنْفَسِخُ ٱلإِجَارَةُ ، وَأَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلْعَبْدِ ، وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ عَلَىٰ سَيِّدِهِ بِأُجْرَةِ مَا بَعْدَ ٱلْعِتْقِ . . . .

الفاسدة ، بل لا بدَّ من القبض الحقيقي ؛ كما صرح به في « الانتصار » ، وقال في « البيان » : **إنه الذي يقتضيه المذهب**[1] .

وكذا الوضعُ بين يديه يكفي في الصحيحة دون الفاسدة .

(**ولو أكرىٰ عيناً مدةً ، ولم يُسلِّمها حتىٰ مضت . . انفسخت**) لفوات المعقود عليه قبل قبضه .

(**ولو لم يقدر مدةً وأجر لركوبٍ إلىٰ موضع ، ولم يسلمها حتىٰ مضت مدة السير . . فالأصحُّ** : أنها لا تنفسخ) لأنها متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذر استيفاؤها ، **والثاني** : تنفسخ ؛ كما لو حبسها المكتري .

واحترز بالعين : عن إجارة الذمة إذا لم يسلم ما تُستوفَىٰ منه المنفعة حتىٰ مضت مدة يمكن استيفاؤها . . فلا فسخ ، ولا انفساخ قطعاً ؛ لأنه دين تأخر وفاؤه .

(**ولو أجر عبده ثم أعتقه . . فالأصحُّ : أنه لا تنفسخ الإجارة**) لأن السيد تبرع بإزالة ملكه ، ولم تكن المنافع له وقت العتق ، **والثاني** : تنفسخ ؛ كموت البطن الأول ، وهو ضعيف ؛ كما صرح به في « الروضة » ، لا كما اقتضاه إيراد « الكتاب »[2] .

(**وأنه لا خيار للعبد**) في فسخ الإجارة بعد العتق ؛ لأن السيد تصرف في خالص ملكه ، فلا تنقض ، **والثاني** : له الخيار ؛ كالأمة تعتق تحت عبد .

(**والأظهر : أنه لا يرجع علىٰ سيده بأجرة ما بعد العتق**) إلى انقضاء المدة ؛ لأنه تصرف في منافعه حين كانت مستَحَقَّة له بعقد لازم ، فصار كما **لو** زوج أمته واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها . . لا ترجع بشيء لما يستوفيه الزوج بعد العتق ، **والثاني** : يرجع ؛ لأن المنافع تُستوفَىٰ منه قهراً ، فصار كما لو أكرهه سيده على العمل ، وكما

---

(١) البيان (٧/ ٣٣٤) .
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٥١) .

وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْمُكْتَرِي ، وَلاَ تَنْفَسِخُ ٱلإِجَارَةُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ بَاعَهَا لِغَيْرِهِ . . جَازَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

لا يرجع بالأجرة لا يطالبه بنفقة هـٰذه المدة **على الأصحِّ** ، بل نفقته في بيت المال .

(**ويصحُّ بيع المستأجَرة**) قبل انقضاء المدة (**للمكتري**) لأنها في يده من غير حائل ، فأشبه بيع المغصوب من الغاصب .

(**ولا تنفسخ الإجارة في الأصحِّ**) لأن الملك لا ينافيها ، ولهـٰذا يستأجر ملكه من مستأجره ، **والثاني** : تنفسخ ؛ لأنه إذا ملك الرقبة . . حدثت المنافع علىٰ ملكه ، فلا يستوفىٰ بالإجارة ، وكذا لو اشترىٰ زوجته . . فإنه ينفسخ النكاح .

(**ولو باعها لغيره . . جاز في الأظهر**) سواء أذن المستأجر أم لا ؛ لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع بيع الرقبة ؛ كالأمة المزوَّجة ، قال السبكي : ولي مدةٌ أَبْحَثُ هل يصحُّ القبض في مدة الإجارة أم لا ؟ لأن التخلية مع يد المستأجر لا تكفي ، فلم أجد فيه نقلاً إلى الآن ، إلا قول الجرجاني في « الشافي » : ويقبض العين ليحصل التسليم ، ثم يسترجع منه ، ويسلم إلى المستأجر ؛ ليستوفي منفعتها إلىٰ آخر المدة ، ويُعفَىٰ عن القدر الذي يقع التسليم فيه ؛ لأنه يسير ، ولا يثبت فيه خيار للمستأجر ؛ كما لو انسدت بالوعة الدار . . فلا خيار ؛ لأن زمن فتحها يسير .

وقول الشيخ أبي حامد : إن يد المستأجر على المنفعة ويده على الرقبة أمانة ، فلم يمتنع البيع ؛ كمن باع تمر نخل ، ثم باع رقابها ، قال : وإلزام المستأجر برفع يده يحتاج إلىٰ دليل ، ونقل أكثر من هـٰذا . انتهىٰ .

والثاني : المنع ؛ لأن يد المستأجر حائلة عن التسليم ؛ كالمرهون .

ويستثنىٰ من محلِّ الخلاف : ما إذا هرب الجمال وترك الجمال المستأجرة ، فإنه يباع منها بقدر النفقة ، كما مرَّ ، وكذا البيع الضمني ؛ كـ(أعتق عبدك عني علىٰ كذا) ، فأعتقه عنه ، وهو مستأجر ؛ فإنه يصحُّ قطعاً ؛ لقوة العتق ، كذا نقلاه في أواخر (العتق) عن القفال ، وأقراه[1] .

---

(١) الشرح الكبير (١٣/ ٤٠٤) ، روضة الطالبين (١٢/ ١٨٣) .

وَلاَ تَنْفَسِخُ .

(ولا تنفسخ) الإجارة كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة ، فتبقىٰ في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري الخيار إن جهل الإجارة ، وكذا إن جهل المدة ؛ كما قاله الرافعي في (باب بيع الأصول والثمار) .

فإن علم أو أجاز . . فلا أجرة له لبقية المدة .

* * *

كتاب إحياء الموات

ٱلْأَرْضُ ٱلَّتِي لَمْ تُعَمَّرْ قَطُّ إِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ ٱلْإِسْلَامِ . . فَلِلْمُسْلِمِ تَمَلُّكُهَا بِٱلْإِحْيَاءِ ، . .

(كتاب إحياء الموات)

قال الرافعي في « الشرح الصغير » : **الموات** : الأرض التي لا ماء لها ، ولا ينتفع بها أحدٌ .

وقال الماوردي والروياني : حدُّ الموات عند الشافعي : ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر ، قرب من العامر أو بعد[1] .

وفي « البويطي » : الموات : كلُّ أرض ليس لها قيمة .

قال الأزهري : فكلُّ شيء من متاع الأرض لا روح له فيه ، يقال له : مَوَتان ، وما فيه روح : حَيَوان[2] .

والأصل في الباب : قوله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ » رواه أبو داوود ، وصححه الترمذي وغيره[3] .

والملك به مستحب عندنا ؛ لحديث : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَلَهُ فِيهَا أَجْرٌ ، وَمَا أَكَلَهُ ٱلْعَوَافِي مِنْهَا . . فَهُوَ صَدَقَةٌ » رواه النسائي[4] .

والعوافي : طلاب الرزق .

(**الأرض التي لم تُعمَّر قط إن كانت ببلاد الإسلام . . فللمسلم تملكها بالإحياء**) وإن لم يأذن الإمام ، ويكفي إذن النبي صلى الله عليه وسلم فيه ؛ كما وردت به الأحاديث المشهورة .

نعم ؛ يستحب استئذانه خروجاً من الخلاف ، وهـٰذا فيما لم يتعلق به حقٌّ ، فلو حمى الإمام قطعة من الموات فجاء شخص فأحياها . . لم يملكها إلا بإذن الإمام في

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٣٢٥) ، بحر المذهب (٧/ ٢٨٠) .

(٢) تهذيب اللغة (١٤/ ٣٤٣) .

(٣) سنن أبي داوود (٣٠٧٣) ، سنن الترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه .

(٤) سنن النسائي (٥٧٢٤) ، وأخرجه ابن حبان (٥٢٠٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

وَلَيْسَ هُوَ لِذِمِّيٍّ ، وَإِنْ كَانَتْ بِبِلَادِ كُفَّارٍ . . فَلَهُمْ إِحْيَاؤُهَا ، وَكَذَا لِمُسْلِمٍ إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يَذُبُّونَ ٱلْمُسْلِمِينَ عَنْهَا . وَمَا كَانَ مَعْمُوراً . . فَلِمَالِكِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ وَٱلْعِمَارَةُ إِسْلَامِيَّةٌ . . فَمَالٌ ضَائِعٌ ، وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلِيَّةً . . فَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُمْلَكُ بِٱلْإِحْيَاءِ . وَلَا يُمْلَكُ بِٱلْإِحْيَاءِ حَرِيمُ مَعْمُورٍ ، وَهُوَ مَا تَمَسُّ ٱلْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِتَمَامِ ٱلِانْتِفَاعِ . . . .

الأصحّ ؛ لما فيه من الاعتراض على الأئمة .

قال الجُوري : وموات الأرض صار ملكاً للشارع ثم ردَّه علىٰ أمّته .

ولا يشترط في نفي العمارة التحقق ، بل يكفي عدم تحقق العمارة بألا يرىٰ أثرها ، ولا دليل عليها من أصول شجر وجُدُر ونهر ، قاله الإمام[1] .

(**وليس هو لذمي**) وإن أذن الإمام ؛ لأنه نوع تملك ينافيه كفرُ الحربي ، فنافاه كفرُ الذمي ؛ كالإرث من المسلم .

(**وإن كانت ببلاد كفار . . فلهم إحياؤها**) لأنه من حقوق دارهم ، ولا ضرر على المسلم فيه ، فملكوه بالإحياء ؛ كالصيد .

(**وكذا لمسلم إن كانت مما لا يَذُبون المسلمين عنها**) أي : يدفعونهم عنها ؛ كموات دارنا ، فإن كانوا يذبون عنها . . فليس إحياؤها ؛ كالعامر من بلادهم .

(**وما كان معموراً . . فلمالكه**) لأن الإحياء لإحداث الملك ، وهي مملوكة .

(**فإن لم يُعرف**) المالك (**والعمارة إسلامية . . فمال ضائع**) فيتخير الإمام بين حفظه إلىٰ ظهور مالكه ، أو بيعه وحفظ ثمنه ، أو استقراضه علىٰ بيت المال .

(**وإن كانت جاهلية . . فالأظهر : أنه يملك بالإحياء**) كالركاز ، **والثاني** : المنع ؛ لأنها ليست بموات .

(**ولا يُملك بالإحياء حريمُ معمور**) لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، ولهـٰذا سمي حريماً ؛ لتحريم التصرف فيه علىٰ غيره .

وقد يفهم كلامه : أن الحريم غير مملوك للمحيي وهو وجه ، **الأصحُّ** : خلافه ، لكن لا يباع وحده ؛ كما قاله أبو عاصم العبادي .

(**وهو**) أي : الحريم (**ما تَمَسُّ الحاجة إليه لتمام الانتفاع**) وإن حصل أصل

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٢٨٤) .

فَحَرِيمُ ٱلْقَرْيَةِ : ٱلنَّادِي ، وَمُرْتَكَضُ ٱلْخَيْلِ ، وَمُنَاخُ ٱلإِبِلِ ، وَمَطْرَحُ ٱلرَّمَادِ وَنَحْوُهَا ، وَحَرِيمُ ٱلْبِئْرِ فِي ٱلْمَوَاتِ : مَوْقِفُ ٱلنَّازِحِ ، وَٱلْحَوْضُ وَٱلدُّولاَبُ ، وَمُجْتَمَعُ ٱلْمَاءِ ، وَمُتَرَدَّدُ ٱلدَّابَّةِ ، . . . .

الانتفاع بدونه ، وتفصيله : ما يأتي .

وكان الأحسن تقديم بيان الحريم علىٰ حكمه ؛ لأن **الحكم على الشيء فرع تصوره** .

(**فحريم القرية** : **النادي**) وهو مجتمع القوم للحديث ، ولا يُسمَّى المجلس نادياً إلا والقوم فيه ، ويطلق النادي علىٰ أهل المجلس أيضاً ، ولهـٰذا عبر في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » بمجتمع النادي[1] .

(**ومرتكض الخيل**) وهو بفتح الكاف : مكان سوقها ، وقيده الإمام : بما إذا كانوا خيالة[2] .

(**ومناخ الإبل**) وهو الموضع الذي تناخ فيه ، وهو بضم الميم كما ضبطه المصنف بخطه .

(**ومطرح الرماد**) والقمامات (**ونحوُها**) كمراح الغنم ، وملعب الصبيان ، ومسيل الماء ، وسائر ما يعد من مرافقها ، **ووجه ذلك** : العرف والعمل بذلك خلفاً عن سلف .

(**وحريم البئر**) المحفورة (**في الموات** : **موقف النازح**) وهو القائم علىٰ رأس البئر ليستقي إن كان ينزح بالدلاء بيده .

(**والحوض والدُّولاب**) أي : موضعه ؛ كما صرح به في « المحرر » إذا كان الاستقاء به ؛ كما قيده في « الشرح »[3] .

(**ومجتمع الماء**) والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج من الحوض ، (**ومتردَّد الدابة**) إن كان الاستقاء بها ؛ لتوقف الانتفاع بالبئر علىٰ هـٰذه الأشياء .

---

(١) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٦/ ٢١٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٨٢) .
(٢) نهاية المطلب (٨/ ٣٣٥) .
(٣) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٦/ ٢١٤) .

وَحَرِيمُ ٱلدَّارِ فِي ٱلْمَوَاتِ : مَطْرَحُ رَمَادٍ وَكُنَاسَةٍ وَثَلْجٍ ، وَمَمَرٌّ فِي صَوْبِ ٱلْبَابِ ، وَحَرِيمُ آبَارِ ٱلْقَنَاةِ : مَا لَوْ حُفِرَ فِيهِ نَقَصَ مَاؤُهَا أَوْ خِيفَ ٱلِانْهِيَارُ . . . .

وكلُّ ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، وقال الروياني : تحريمها قدر عمقها ؛ فإن كان عمقها عشرة أذرع أو ألفاً . . فحريمها كذلك من كلِّ جانب .

وذكرُ المصنف الحوض مع مجتمع الماء . . فيه تكرار ؛ فإن الحوض مكان اجتماع الماء ؛ كما صرح به في « المحرر » ، فإنه قال : (ومصب الماء والحوض الذي يجتمع فيه الماء إلىٰ أن يرسل) ، فإن حمل قول المصنف : (مجتمع الماء) علىٰ مصبه ليسلم من التكرار . . كان مخالفاً لكلام « الروضة » و« أصلها » ؛ فإنهما غايرا بينهما ، فقالا : (ومصب الماء والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه)[(١)] ، وحينئذ : فيكون المصنف قد نقص عن « المحرر » (المصب) ، وكرر (الحوض) بغير اسمه .

واحترز بـ(الموات) : عن المحفورة في ملكه ، وحريم النهر المحفور في الموات يقاس بالبئر .

(**وحريم الدار في الموات** : **مطرح الرماد** ، **وكُناسةٍ وثلج**) في بلد يَثْلُج به (**وممرٌّ في صوب الباب**) لتوقف الانتفاع بها علىٰ ذلك .

والمراد بـ(صوب الباب) : جهته ، وليس المراد : امتداده طولاً وقبالته ، بل يجوز لغيره إحياء ما يقابل الباب إذا بقي له ممر وإن احتاج إلى انعطاف ، كذا قالاه[(٢)] ، **وفيه نظر** : إذا تفاحش الانعطاف ؛ للإضرار به .

(**وحريمُ آبار** : **القناة ما لو حفر فيه** . . **نقص ماؤها أو خيف الانهيار**) أي : السقوط ، ويختلف ذلك باختلاف الأراضي صلابة وليناً[(٣)] .

---

(١) المحرر (ص ٢٣٦) ، الشرح الكبير (٦/ ٢١٤) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٨٣) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢١٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٨٣) .

(٣) فرعان : الأول : قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : إذا أحيا أرضاً ليغرس فيها وغرس . . فليس لغيره أن يغرس بجواره بحيث تلتف أغصان الغراس ، وبحيث تلتقي عروقها .
الثاني : قال الماوردي : حريم الأرض المُحياة للزراعة ، طرقها ، ومغيض مائها ، وبَيْدر زرعها ، وما لا يُستغنىٰ عنه من مرافقها . اهـ هامش (أ) .

وَٱلدَّارُ ٱلْمَحْفُوفَةُ بِدُورٍ لاَ حَرِيمَ لَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ فِي مِلْكِهِ عَلَى ٱلْعَادَةِ ، فَإِنْ تَعَدَّىٰ . . ضَمِنَ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَتَّخِذَ دَارَهُ ٱلْمَحْفُوفَةَ بِمَسَاكِنَ حَمَّاماً وَإِصْطَبْلاً ، وَحَانُوتَهُ فِي ٱلْبَزَّازِينَ حَانُوتَ حَدَّادٍ إِذَا ٱحْتَاطَ وَأَحْكَمَ ٱلْجُدْرَانَ . وَيَحِلُّ إِحْيَاءُ مَوَاتِ ٱلْحَرَمِ دُونَ عَرَفَاتٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(**والدار المحفوفة بدور لا حريم لها**) لأن الأملاك متعارضة ، وليس جعل موضع حريماً لدار بأولىٰ من جعله لأخرىٰ .

(**ويتصرف كلُّ واحد**) من الملاك (**في ملكه على العادة**) وإن تضرر به جاره ؛ كما لو اتخذ بئراً أو حَشّاً فاختل به حائط جاره ، أو تغير بالنجاسة ماء بئره ، ولا ضمان عليه إذا أفضىٰ إلى التلف .

(**فإن تعدىٰ . . ضمن**) لمخالفة العادة ، والافتيات .

(**والأصحُّ : أنه يجوز أن يتخذ داره المحفوفة بمساكن حمَّاماً وإصطبلاً**) وفرناً ومدبغة .

(**وحانوتَه في البزَّازين حانوتَ حدَّاد**) وقصار (**إذا احتاط وأحكم الجدران**) إحكاماً يليق بما يقصده ؛ لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به ، قال الروياني : ولو كان دَقُّ القصار يمنع ثبوت الحمام . . لم يمنع من الدَّقِّ ، **والثاني** : المنع ؛ للضرر .

وعلى الأول : لو فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ؛ كدَقٍّ عنيف يزعج الحيطان . . **فالأصحُّ** : المنع .

واختار ابن الصلاح تبعاً للفارقي وابن أبي عصرون : المنع من كلِّ مؤذ لم تجر العادةُ به مطلقاً ، واختار الروياني : أن الحاكم يجتهد ويمنع ما ظهر فيه قصدُ التعنت ، ومنه : إطالة البناء ، ومنع الشمس والقمر ، **واستُحسن** .

(**ويحل إحياء موات الحرم**)[1] كما يملك عامره بالبيع وغيره (**دون عرفات في الأصحِّ**) لتعلق حقِّ الوقوف بها ؛ كالحقوق العامة من المساجد والطرق العامة ، **والثاني** : يجوز كغيرها .

---

(١) في (ب) : (ويجوز إحياء موات الحرم) .

قُلْتُ : وَمُزْدَلِفَةُ وَمِنىً كَعَرَفَة ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَخْتَلِفُ ٱلإِحْيَاءُ بِحَسَبِ ٱلْغَرَضِ ؛ فَإِنْ أَرَادَ : مَسْكَناً . ٱشْتُرِطَ تَحْوِيطُ ٱلْبُقْعَةِ وَسَقْفُ بَعْضِهَا وَتَعْلِيقُ بَابٍ ، وَفِي ٱلْبَابِ وَجْهٌ .

فعلىٰ هـٰذا : هل يبقىٰ حقُّ الوقوف أو لا ، أو إن ضاق الباقي . . بقي ، وإلا . . فلا ؟ وجوه .

وإذا قلنا : يبقىٰ ، فهل يثبت في كلِّ الوقت من الزوال يوم عرفة إلىٰ طلوع الفجر ، فليس للمحيي إزعاجهم فيه أو له إزعاج من حصل له الوقوف ؟ قال ابن الرفعة : **الأشبه** : الأول بل لا يسوغ غيره(١) .

وكان الأولىٰ أن يقول : (ولا يجوز في عرفات **على الأصحِّ**) لئلا يوهم استثناء عرفات من الحرم ، والخلاف فيها ؛ فإن عرفات من الحلِّ قطعاً ، ولا خلاف في الحرم .

(**قلت : ومزدلفة ومنىٰ كعرفة ، والله أعلم**) لوجود المعنى المذكور ، وكلامه يفهم : أن هـٰذا الحكم منقول ، وأن خلاف عرفة يجري فيه ، وبه صرح في « التصحيح » ، لكن عبر في « الروضة » بقوله : (ينبغي)(٢) ، وقال ابن الرفعة : ينبغي القطع بالمنع لضيقه ، بخلاف عرفات .

(**ويختلف الإحياء بحسب الغرض**) والرجوع فيه إلى العرف ؛ فإن الشرع أطلقه ولا حدَّ له فيه ولا في اللغة ، فيرجع فيه إليه ، وهو في كلِّ شيء بحسبه ، **والضابط** : التهيئة للمقصود .

(**فإن أراد مسكناً . . اشترط تحويط البقعة**) أي : جعلها أربع حيطان بالأجر أو غيره بحسب العادة ، (**وسقفُ بعضها**) لتوقف اسم الدار عليه (**وتعليقُ باب**) أي : نصبه ؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب ، وما لا باب له . . لا يتخذ مسكناً .

(**وفي الباب وجه**) لأن فقده لا يمنع السكنىٰ ، وإنما ينصب لحفظ المتاع ، وفي السقف : وجه أيضاً ، ولا يشترط السكنىٰ بحال ، وقال المَحاملي : الإيواء إليها شرط .

---

(١) كفاية النبيه (١١/ ٤٠٠) .

(٢) تصحيح التنبيه (٣/ ٢٠٤) ، روضة الطالبين (٣/ ٢٨٦) .

أَوْ زَرِيبَةَ دَوَابَّ . . فَتَحْوِيطٌ لاَ سَقْفٌ ، وَفِي ٱلْبَابِ ٱلْخِلاَفُ . أَوْ مَزْرَعَةً . . فَجَمْعُ ٱلتُّرَابِ حَوْلَهَا وَتَسْوِيَةُ ٱلأَرْضِ وَتَرْتِيبُ مَاءٍ لَهَا إِنْ لَمْ يَكْفِهَا ٱلْمَطَرُ ، لاَ ٱلزِّرَاعَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . أَوْ بُسْتَاناً . . فَجَمْعُ ٱلتُّرَابِ . . . .

(أو زريبة دواب . . **فتحويط**) بما جرت به العادة ، ولا يكفي نصب سَعَف وأحجار من غير بناء .

و(**الزريبة**) : حظيرة الغنم .

(**لا سقف**) لأنه العادة (**وفي الباب الخلاف**) المارُّ في المسكن ، قال في « الذخائر » : وهنا أولىٰ بالمنع ؛ لأن الراعي يقعد بباب الحظيرة ، بخلاف الدور ، وشرط صاحب « الإفصاح » : أن يَعمل على الحيطان شوكاً[(١)] .

(**أو مزرعةً . . فجمع التراب حولها**) لينفصل المُحيا عن غيره ، وفي معناه : نصب قصب وحجر وشوك ، ولا يحتاج إلىٰ تحويط ؛ لأنه العرف .

(**وتسويةُ الأرض**) بطمِّ المنخفض ، وكسح العالي ، وحراثتها إن لم تزرع إلا به ، وتليين ترابها ، فإن لم يتهيأ ذلك إلا بماء يساق إليها . . فلا بدَّ منه لتتهيأ للزراعة .

(**وترتيبُ ماء لها**) بشقِّ ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة (**إن لم يكفها المطر**) المعتاد ؛ لأنه لا يحصل المقصودُ بدونه ، فإن كفاها . . فلا يحتاج إلىٰ ترتيب ماء لها **على الصحيح** ، وإذا حفر طريق الماء ولم يبق إلا إجراؤه . . كفىٰ وإن لم يجر ، وإن هيأه ولم يحفر طريقه . . فوجهان بلا ترجيح في « الروضة » و« أصلها »[(٢)] ، ورجح في « الشرح الصغير » : الاكتفاءَ به .

(**لا الزراعةُ في الأصحِّ**) لأنه استيفاء منفعة الأرض ، وهو خارج عن الإحياء ، **والثاني** : يشترط ؛ لأن الدار لا تصير محياة حتىٰ يصير فيها عين مال المحيي ، فكذلك المزرعة .

(**أو بستاناً . . فجمع التراب**) كالمزرعة ، وحكم الكرم : حكم البستان ، **ولعل المراد** : تهيئة تراب أرض البستان وإصلاحه ـ كما قاله الروياني ـ لا جمعه حوله ، كما

---

(١) في (د) : (صاحب « الإيضاح ») .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٤٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٩٠) .

وَٱلتَّحْوِيطُ حَيْثُ جَرَتِ ٱلْعَادَةُ بِهِ وَتَهْيِئَةُ مَاءٍ ، وَيُشْتَرَطُ ٱلْغَرْسُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَمَنْ شَرَعَ فِي عَمَلِ إِحْيَاءٍ وَلَمْ يُتِمَّهُ ، أَوْ أَعْلَمَ عَلَىٰ بُقْعَةٍ بِنَصْبِ أَحْجَارٍ أَوْ غَرَزَ خَشَباً . . فَمُتَحَجِّرٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ـ لَـٰكِنِ ٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، وَأَنَّهُ لَوْ أَحْيَاهُ آخَرُ مَلَكَهُ . . . .

توهمه عبارته ؛ لأن التحويط يغني عنه .

(**والتحويط حيث جرت العادة به**) عملاً بها ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ، (**وتهيئة ماء**) علىٰ ما سبق في المزرعة .

(**ويشترط : الغرس على المذهب**) بخلاف الزراعة كما مرَّ ، **والفرق** : أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ، بخلاف البستان قبل الغرس ، ولأن الغراس للدوام ، فالتحق ببناء الدار ، بخلاف الزرع ، **والثاني** : المنع ؛ كالزراعة .

ويكفي غرس البعض ؛ كما صححه في « البسيط » تبعاً لإمامه ، قال الأَذْرَعي : وينبغي اعتبار ما يُسمَّىٰ معه بستاناً أو كرماً ، ويحتمل أن يعتبر الأغلب ، ويبعد الاكتفاء بشجرة أو شجرات .

وهل يشترط أن يثمر الغراس ؟ قال البالسي : رأيت في تعليق لبعض فضلاء حلب حكايةَ خلاف فيه ، **والظاهر** : أنه لا يشترط .

(**ومن شرع في عمل إحياء ولم يتمه ، أو أعلم علىٰ بقعةٍ بنَصْب أحجار أو غرز خشباً . . فمتحجِّر ، وهو أحقُّ به**) لحديث : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ لَهُ » رواه أبو داوود[1] .

وهـٰذه الأحقية أحقيةُ اختصاص لا ملك **على الأصحِّ** ؛ لأن سببه الإحياءُ ولم يوجد .

(**لكن الأصحُّ : أنه لا يصحُّ بيعه**) لأن حقَّ التملك لا يباع ؛ كحقِّ الشفيع ، **والثاني** : يصحُّ ، ونعتمد حقَّ الاختصاص ؛ كبيع علو البيت للبناء والسكنىٰ دون أسفله .

(**وأنه لو أحياه آخرُ . . ملكه**) لحديث : « مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً . . فَهِيَ لَهُ »[2] ،

---

(١) سنن أبي داوود (٣٠٧١) عن أسمر بن مُضرِّس رضي الله عنه .

(٢) أخرجه أبو داوود (٣٠٧٣) ، والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه .

ـ وَلَوْ طَالَتْ مُدَّةُ ٱلتَّحَجُّرِ . قَالَ لَهُ ٱلسُّلْطَانُ : (أَحْيِ أَوِ ٱتْرُكْ) ، فَإِنِ ٱسْتَمْهَلَ . . أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً . وَلَوْ أَقْطَعَهُ ٱلإِمَامُ مَوَاتاً . . صَارَ أَحَقَّ بِإِحْيَائِهِ كَٱلْمُتَحَجِّرِ . . . .

ولأنه حقق الملك وإن كان آثماً ؛ كما لو دخل في سوم أخيه واشترىٰ ، **والثاني** : لا يملكه ؛ لئلا يبطل حقُّ غيره ، ورآه الإمام الأقيس[1] ، **والثالث** : إن انضم إلى التحجر إقطاع الإمام . . منع التملك ، وإلا . . فلا .

ومحلُّ الخلاف : إذا كان أحياها مزرعة ، فأما إذا كان له بناء وآلات . . فلا يجوز له نقلُها والتصرف فيها بغير إذنه ، نبه عليه الفارقي ، ونقل صاحب « المعين » عن بعض متأخري الأصحاب : أنه يصحُّ بيعه ، قال : وربما خالفه الرافعي .

ومحله أيضاً : إذا لم يكن له عذر ولم يعرض عن العمارة ، فإن أعرض عنها . . ملكه المحيي قطعاً ، وإن ترك لعذر . . فلا قطعاً ، قاله الجيلي .

قال الرافعي : والخلاف في المسألة شبيه بما إذا عشش الطائر في ملكه ، وأخذ الفرخ غيره هل يملكه ؟ وكذا لو توحل ظبي في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ونحو ذلك ، ورجح في « الروضة » هنا : أنه يملك ؛ يعني : في هٰذه المسائل ، وذكر الرافعي في (باب الصيد) : أنه أولىٰ بثبوت الملك من مسألة « الكتاب »[2] ، لكن رجحا في آخر (الوليمة) : أنه لا يملك فيها[3] .

(**ولو طالت** مدةُ **التحجر** . . **قال له السلطان**) أو نائبه : (« **أحي أو اترك** ») لأنه ضيق على الناس في حقٍّ مشترك فمنع منه ؛ كما لو وقف في شارع ، والرجوع في الطول إلى العرف .

(**فإن استمهل** . . **أُمهل** مدة قريبة) رفقاً به ودفعاً لضرر غيره ، والمرجع في تقدير المدة إلىٰ رأي الإمام **على الأصحِّ** .

ومحل إمهاله : إذا ذكر عذراً ، وقال الروياني : إنه يمهل وإن لم يُبد عذراً .

(**ولو أقطعه الإمام مواتاً** . . **صار أحقَّ بإحيائه**) بمجرد الإقطاع (**كالمتحجِّر**) لتظهر

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٢٩٨) ، وفيه أن ظاهر القياس : أنه يملك .

(٢) الشرح الكبير (١٢/ ٣٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٨٨) .

(٣) الشرح الكبير (٨/ ٣٥٦) ، روضة الطالبين (٧/ ٣٤٣) .

وَلاَ يُقْطِعُ إِلاَّ قَادِراً عَلَى ٱلإِحْيَاءِ ، وَقَدْراً يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَكَذَا ٱلْمُتَحَجِّرُ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ لِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ بُقْعَةَ مَوَاتٍ لِرَعْيِ نَعَمِ جِزْيَةٍ وَصَدَقَةٍ وَضَالَّةٍ وَضَعِيفٍ عَنِ ٱلنُّجْعَةِ ، وَأَنَّ لَهُ نَقْضَ حِمَاهُ لِلْحَاجَةِ ، . . . .

فائدة الإقطاع ، وقد أقطع النبي صلى الله عليه وسلم أرضاً للزبير وغيره[1] .

ومعنىٰ إقطاعه : إذنه فيها .

وإذا طالت المدة أو أحياه غيره . . فالحكم كما مرّ في المتحجر .

(**ولا يُقطِع إلا قادراً على الإحياء ، وقدراً يقدر عليه**) لأنه منوط بالمصلحة .

(**وكذا المتحجِّر**) أي : لا يتحجر إلا من يقدر على الإحياء قدراً يقدر علىٰ إحيائه ، فإن زاد . . **فالأقوىٰ في** « **الروضة** » : أن لغيره إحياء الزائد[2] .

(**والأظهر** : **أن للإمام**) ونائبه (**أن يحمي بقعةَ موات لرعي نعمِ جزيةٍ وصدقة وضالّةٍ وضعيف عن النُّجْعَة**) ويمنع سائر الناس من الرعي فيها ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ـ بالنون ـ لخيل المسلمين رواه ابن حبان[3] ، وحمىٰ عمرُ السَّرَف ، والرَّبَذَة ، رواه البخاري[4] .

والثاني : المنع ؛ لحديث : « لاَ حِمَىٰ إِلاَّ للهِ وَلِرَسُولِهِ » رواه البخاري[5] .

وأجاب الأول : بأن معناه لا حمىٰ إلا مثل ما حمىٰ عليه الصلاة والسلام .

ومحل الجواز : إذا لم يضرَّ بالمسلمين ؛ لكونه قليلاً من كثير بحيث يكفي المسلمين ما بقي وإن كانوا يحتاجون أن يتباعدوا قليلاً ؛ كما قاله الإِصْطَخْري في (أدب القضاء) ، وإلا . . لم يجز .

و(**النجعة**) : بضم النون : الذهاب في طلب الرعي .

(**وأن له نقضَ حماه للحاجة**) رعاية للمصلحة ، **والثاني** : لا ؛ لتعيينه لتلك الجهة ؛ كالمسجد والمقبرة .

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٥١) ، ومسلم (٢١٨٢) عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما .
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٢٨٧) .
(٣) صحيح ابن حبان (٤٦٨٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .
(٤) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن الصعب بن جَثَّامة رضي الله عنه .
(٥) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن الصعب بن جَثَّامة رضي الله عنه .

وَلاَ يَحْمِي لِنَفْسِهِ .

فَصْلٌ

[في حكم المنافع المشتركة]

مَنْفَعَةُ ٱلشَّارِعِ : ٱلْمُرُورُ ، وَيَجُوزُ ٱلْجُلُوسُ فِيهِ لِاسْتِرَاحَةٍ وَمُعَامَلَةٍ وَنَحْوِهِمَا إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ عَلَى ٱلْمَارَّةِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ إِذْنُ ٱلإِمَامِ ، وَلَهُ تَظْلِيلُ مَقْعَدِهِ بِبَارِيَّةٍ وَغَيْرِهَا . . . . . .

وكلامه يوهم : اختصاص النقض بالحامي ، وهو قول ، **والأظهر** : أن له نقض حمىً غيره غير حمى النبي صلى الله عليه وسلم بالشرط المذكور ، وألحق صاحب « الرونق » بحمىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى الخلفاء الأربعة .

وقوله : (للحاجة) : متعلق بـ(نقض) لا بـ(حماه) .

(**ولا يحمي لنفسه**) قطعاً ؛ لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم ، ولم يقع ذلك منه ، ولو وقع . . لكان أيضاً من مصالح المسلمين ؛ لأن ما كان مصلحة له . . فهو مصلحة لهم ، قاله في « المطلب » .

* * *

(**فصل : منفعة الشارع**) الأصلية (**المرور**) لأنه وُضع لذلك ، وهو مستحق للناس كافةً .

(**ويجوز الجلوس فيه لاستراحة ومعاملة ونحوهما**)[1] كانتظار رفيق وغيره (**إذا لم يضيق على المارة ، ولا يشترط إذن الإمام**) لإطباق الناس عليه من غير نكير ، وليس لأحد من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشارع عوضاً قطعاً .

وشمل إطلاقه الذمي ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الشرح » و« الروضة » ، وقال ابن الرفعة : الذي يظهر : ترجيح ثبوته له ؛ لأن ضرره لا يتأبد ، ورجحه السبكي[2] .

(**وله تظليل مقعده ببارية ، وغيرها**) مما ينقل معه ؛ كثوب ؛ لجريان العادة به ، فإن كان مثبتاً . . لم يجز ؛ كبناء الدَّكَّة .

---

(١) في المطبوع من « المنهاج » (ص ٣١٧) : (ويجوز الجلوس به) ، وفي غير (أ) بعد هـٰذه الجملة : (وكذا الوقوف) ، وهو من كلام الشارح رحمه الله تعالىٰ .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٢٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٩٥) ، كفاية النبيه (١١/ ٤٠٤) .

وَلَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ ٱثْنَانِ. . أُقْرِعَ ، وَقِيلَ : يُقَدِّمُ ٱلإِمَامُ بِرَأْيِهِ . وَلَوْ جَلَسَ لِلْمُعَامَلَةِ ثُمَّ فَارَقَهُ تَارِكاً لِلْحِرْفَةِ أَوْ مُنْتَقِلاً إِلَىٰ غَيْرِهِ. . بَطَلَ حَقُّهُ ، وَإِنْ فَارَقَهُ لِيَعُودَ. . لَمْ يَبْطُلْ إِلاَّ أَنْ تَطُولَ مُفَارَقَتُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ مُعَامِلُوهُ عَنْهُ وَيَأْلَفُونَ غَيْرَهُ . وَمَنْ أَلِفَ مِنَ ٱلْمَسْجِدِ مَوْضِعاً يُفْتِي فِيهِ ، أَوْ يُقْرِيءُ ٱلْقُرْآنَ. . كَٱلْجَالِسِ فِي شَارِعٍ لِمُعَامَلَةٍ ، . . . .

(ولو سبق إليه) أي : إلىٰ موضع من الشارع (اثنان) وتنازعا (. . أُقرع) بينهما ؛ لعدم المزية ، (وقيل : يقدِّم الإمام برأيه) أي : باجتهاده ؛ كمال بيت المال .

(ولو جلس للمعاملة) أو لصناعة ؛ كخياطة ونحوها (ثم فارقه) أي : موضع جلوسه (تاركاً للحرفة أو منتقلاً إلىٰ غيره . . بطل حقُّه) لإعراضه عنه .

(وإن فارقه ليعود . . لم يبطل) لحديث : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » رواه مسلم(١) .

(إلا أن تطول مفارقتُه بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألَفون غيره) لأن الغرض من الموضع المعين أن يعرف فيعامل ، وسواء فارقه بعذر أو بغيره .

واحترز بالمعاملة : عما إذا جلس لاستراحة وشبهها ؛ فإن حقَّه يبطل بمفارقته ، وكذا الجوال الذي يقعد كلَّ وقت في موضع من السوق ينقطع حقُّه بمفارقته جزماً .

(ومن ألف من المسجد موضعاً يفتي فيه ، أو يقرىء القرآن)(٢) أو العلم الشرعي (. . كالجالس في شارع لمعاملة) لأن له غرضاً في ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس ، قاله العبادي والغزالي تفقهاً لا نقلاً ، وقال الرافعي : إنه **الأشبه** بمأخذ الباب(٣) .

وعن الشيخ أبي محمد أنه إذا قام . . بطل حقُّه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾ وإليه ميل صاحب « التقريب » ، ونقله الماوردي في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء ، ولم ينقل الأول إلا عن مالك ، قال في « الروضة » : **ومقتضىٰ**

---

(١) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) في (ب) و(د) : (ويقرىء القرآن) .

(٣) الوسيط (٤/٢٢٨) ، الوجيز (ص ٢٧٢) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٢٥) .

وَلَوْ جَلَسَ فِيهِ لِصَلاَةٍ . . لَمْ يَصِرْ أَحَقَّ بِهِ فِي غَيْرِهَا ، فَلَوْ فَارَقَهُ لِحَاجَةٍ لِيَعُودَ . . لَمْ يَبْطُلِ ٱخْتِصَاصُهُ فِي تِلْكَ ٱلصَّلاَةِ فِي ٱلأَصَحِّ وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ إِزَارَهُ . وَلَوْ سَبَقَ رَجُلٌ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مِنْ رِبَاطٍ مُسَبَّلٍ ، أَوْ فَقِيهٌ إِلَىٰ مَدْرَسَةٍ ، أَوْ صُوفِيٌّ إِلَىٰ خَانِقَاهٍ . . لَمْ يُزْعَجْ ، وَلَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ بِخُرُوجِهِ لِشِرَاءِ حَاجَةٍ وَنَحْوِهِ . . . .

كلامه : أن الشافعي وأصحابه من الجمهور[١] .

(ولو جلس فيه لصلاة . . لم يصر أحقَّ به في غيرها) لأن بقاع المساجد لا تختلف بخلاف مقاعد الأسواق ، وللرافعي فيه احتمال ؛ فإنه يختلف بالنسبة إلى القرب من الإمام[٢] ، **وأجيب عنه** : بأن له طريقاً إلىٰ تحصيله بالسبق .

(فلو فارقه لحاجة ليعود) كإجابة داع ورُعاف وقضاء حاجة (. . لم يبطل اختصاصه في تلك الصلاة في الأصحِّ وإن لم يترك إزارَه) للحديث المارّ : « إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[٣] ، **والثاني** : يبطل ؛ كغيرها من الصلوات .

(ولو سبق رجل إلىٰ موضع من رباط مُسبَّل ، أو فقيهٌ إلىٰ مدرسة ، أو صوفيٌّ إلىٰ خانقاهٍ . . لم يُزعَج ، ولم يبطل حقُّه بخروجه لشراء حاجةٍ ونحوه) وإن لم يترك متاعاً ولا نائباً عنه ؛ لعموم الحديث المارِّ .

وأفهم قوله : (لشراء حاجة) التصوير بالخروج لعذر ، فالخروج لغيره مبطل ، وكون الغيبة قصيرة ، فإن طالت . . بطل حقُّه ، وبه صرح الفُوراني وغيره ، والرجوع في الطول : إلى العرف .

وأطلق المصنف عدمَ الإزعاج ، وفيه تفصيل ذكراه في « الشرح » و« الروضة » وهو : إن عَيَّن الواقف مدةَ المقام . . فلا يزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . . لا يمكث مدةً تزيد علىٰ مدة مكث المسافرين ، وإن أطلق الواقف . . نظر إلى الغرض الذي بنيت البقعة له ، وعمل بالمعتاد فيه ، فلا يُمكَّن من الإقامة برُبط المارة إلا

---

(١) الأحكام السلطانية (ص ٣٢٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٩٧) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٢٥) .

(٣) في (ص ٤٤٠) .

فَصْلٌ

[في بيان حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض]

ٱلْمَعْدِنُ ٱلظَّاهِرُ ـ وَهُوَ : مَا خَرَجَ بِلاَ عِلاَجٍ ؛ كَنِفْطٍ وَكِبْرِيتٍ وَقَارٍ وَمُومْيَاءَ وَبِرَامٍ وَأَحْجَارِ رَحىً ـ لاَ يُمْلَكُ بِٱلإِحْيَاءِ ، وَلاَ يَثْبُتُ فِيهِ ٱخْتِصَاصٌ بِتَحَجُّرٍ وَلاَ إِقْطَاعٍ . فَإِنْ ضَاقَ نَيْلُهُ . . قُدِّمَ ٱلسَّابِقُ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ ، . . . .

لمصلحتها ، أو لخوف يعرض ، أو أمطار متواترة .

وفي المدرسة الموقوفة علىٰ طلبة العلم . . يمكن من الإقامة إلى استتمام غرضه ، فإن ترَك العلم والتحصيل . . أُزْعج ، قالا : وفي الخانقاه : لا يمكن هـٰذا الضبط ، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشارع[1] .

* * *

(**فصل : المعدن الظاهر ، وهو : ما خرج بلا علاج**) أي : عمل (**كنِفْط وكِبريت وقار**) وهو الزفت (**ومُومياء**) بضم الميم الأولىٰ ، ممدود ، **وقيل** : مقصور ، شيء يُلقيه الماء في بعض السواحل ، فيَخْمُد ويصير كالقارِ ، ويقال : إنها حجارة سود باليمن .

أما المومياء التي تؤخذ من عظام الموتىٰ . . فنجسة .

(**وبِرام**) وهو حجر تُعمل منه القدور (**وأحجار رحىً . . لا يُملك بإحياء**[2] ، **ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا إقطاع**) بل هي مشتركة بين الناس مسلمهم وكافرهم ؛ كالماء والكلأ ، بجامع الحاجة العامة .

(**فإن ضاق نيلُه**) أي : الموضع المستخرج منه عن أخذهما دفعة (. . **قدم السابق بقدر حاجته**) لسبقه ، قال الإمام : والرجوع في قدر الحاجة إلى العرف ، فيأخذ ما تقتضيه عادة أمثاله[3] .

---

(١) فائدة : سئل القفال رحمه الله تعالىٰ عن تعليم الصبيان في المسجد ، فقال : الأغلب من الصبيان : الضررُ بالمسجد فيحترز منهم . اهـ هامش (أ) ، وانظر « الشرح الكبير » (٤/٢٢٨) ، و« روضة الطالبين » (٥/٣٠٠) .

(٢) في (د) : (وأحجار رحىً لا يُملك بالإحياء) .

(٣) نهاية المطلب (٨/٣٠٦) .

فَإِنْ طَلَبَ زِيَادَةً . . فَٱلأَصَحُّ : إِزْعَاجُهُ فَلَوْ جَاءَا مَعاً . . أُقْرِعَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْمَعْدِنُ ٱلْبَاطِنُ ـ وَهُوَ : مَا لاَ يَخْرُجُ إِلاَّ بِعِلاَجٍ ؛ كَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَحَدِيدٍ وَنُحَاسٍ ـ لاَ يُمْلَكُ بِٱلْحَفْرِ وَٱلْعَمَلِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَظَهَرَ فِيهِ مَعْدِنٌ بَاطِنٌ . . مَلَكَهُ . . . .

(فإن طلب زيادة) علىٰ حاجته (. . **فالأصحُّ** : **إزعاجه**) لأن عكوفه عليه كالمتحجر الماءِ العِدِّ[١] .

والثاني : المنع ؛ للحديث المارِّ : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ لَهُ »[٢] .

(**فلو جاءا معاً** . . **أُقرع في الأصحِّ**) لعدم المزية ، **والثاني** : يجتهد الإمام ، ويقدم من يراه أحوج ؛ كمال بيت المال .

وظاهر كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون ما يأخذانه للتجارة أو للحاجة ، **وهو المشهور** .

(**والمعدن الباطن** ، **وهو** : **ما لا يخرج إلا بعلاج** ؛ **كذهب وفضة وحديد ونحاس**) ورصاص وياقوت ، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض (. . **لا يُملك بالحفر والعمل**) في موات بقصد التملك (**في الأظهر**) كالمعدن الظاهر ، **والثاني** : **يملك** إلى القرار ؛ لأنه لا يتوصل إلىٰ منفعته إلا بتعب ومؤنة ، فكان كغيره من أراضي الموات .

وفرق الأول[٣] : بأن الموات يملك بالعمارة ، وحفر المعدن تخريب ، ولأن الموات إذا ملك . . لا يحتاج في تحصيل مقصوده إلىٰ مثل العمل الأول ، بخلاف المعدن ، أما إذا لم يقصد التملك ، بل قصد الحفر لينال وينصرف . . فلا **يملك** قطعاً . قاله البَنْدَنيجي ، وسكوته عن الإقطاع هنا قد يفهم جوازه ، **وهو الأظهر** .

(**ومن أحيا مواتاً فظهر فيه معدن باطن** . . **ملكه**) لأنه بالإحياء ملك الأرض بجميع أجزائها ، بخلاف الركاز ؛ فإنه مودع فيها ، وهـٰذا إذا لم يعلم أن فيها معدناً ، فإن علم

---

(١) العد ـ بكسر العين المهملة ـ : هو الذي لا انقطاع لمادته ، كماء البئر والعين . اهـ هامش (أ) ، وفي غير (أ) هـٰذه الجملة من ضمن الكتاب

(٢) في (ص ٤٣٦) .

(٣) في (ب) و(د) : (وفرق الإمام) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٢١ـ ٣٢٢) .

وَٱلْمِيَاهُ ٱلْمُبَاحَةُ مِنَ ٱلأَوْدِيَةِ وَٱلْعُيُونِ فِي ٱلْجِبَالِ يَسْتَوِي ٱلنَّاسُ فِيهَا ، فَإِنْ أَرَادَ قَوْمٌ سَقْيَ أَرَاضِيهِمْ مِنْهَا فَضَاقَ . . سُقِيَ ٱلأَعْلَىٰ فَٱلأَعْلَىٰ وَحَبَسَ كُلُّ وَاحِدٍ ٱلْمَاءَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكَعْبَيْنِ ، . . . .

واتخذ عليه داراً . . **فطريقان** : **أحدهما** : أنه على القولين في تملكه بالإحياء ، **والثاني** : القطع بالملك ؛ كما لو لم يعلم .

وأما البقعة المحياة . . **فظاهر المذهب** ـ كما قال الإمام ـ : أنها لا تملك ؛ لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ، فالقصد فاسد[١] .

والتقييد بالباطن قد يفهم : أنه لو ظهر فيه معدن ظاهر . . لا يملكه ، وليس كذلك ، وقد حكى الإمام وغيره الإجماع علىٰ أنه يملك[٢] .

(**والمياه المباحة من الأودية والعيونِ في الجبال**) وسيول الأمطار (**يستوي الناس فيها**) لحديث : « ٱلنَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلاَثَةٍ : ٱلْمَاءِ وَٱلْكَلإِ وَٱلنَّارِ » رواه أبو داوود[٣] .

(**فإن أراد قوم سقيَ أراضيهم منها فضاق . . سُقي الأعلىٰ فالأعلىٰ**) حتىٰ لو كان زرع الأسفل يهلك إلىٰ أن ينتهي الماء إليه . . لم يجب علىٰ من فوقه إرسالُه إليه ؛ كما قاله القاضي أبو الطيب .

(**وحبس كلُّ واحد الماءَ حتىٰ يبلغ الكعبين**) لأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ في سيل مَهْزُور ومُذنب : أن الأعلىٰ يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين ، رواه الحاكم وصححه علىٰ شرط الشيخين[٤] .

و(**مهزور**) هـٰذا ـ بتقديم الزاي المضمومة على الراء ـ : واد بالمدينة ، و(**مذنب**) : اسم موضع بها أيضاً .

ومحل ما ذكره : إذا لم يسبق أحد إلى الإحياء ؛ فإن سبق ثم جاء غيره وأحيا مواتاً

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٣٢٣) .

(٢) نهاية المطلب (٨/ ٣٢٣) .

(٣) سنن أبي داوود (٣٤٧٧) عن أبي خِداش عن رجل من المهاجرين ، وأخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٤) المستدرك (٢/ ٦٢) عن عائشة رضي الله عنها ، وأخرجه أبو داوود (٣٦٣٩) عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

فَإِنْ كَانَ فِي ٱلْأَرْضِ ٱرْتِفَاعٌ وَٱنْخِفَاضٌ . . أُفْرِدَ كُلُّ طَرَفٍ بِسَقْيٍ ، وَمَا أُخِذَ مِنْ هَـٰذَا ٱلْمَاءِ فِي إِنَاءٍ . . مُلِكَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَحَافِرُ بِئْرٍ بِمَوَاتٍ لِلِارْتِفَاقِ أَوْلَىٰ بِمَائِهَا حَتَّىٰ يَرْتَحِلَ .

أعلىٰ منه وأقرب إلىٰ فُوَّهة النهر من أرض السابق بالإحياء . . فالسابق أحقُّ ، ذكره القاضي أبو الطيب وغيره ، بل صرح كثيرون بأن لهم منعَه من الإحياء ؛ لئلا يستدل به عند تقادم الزمان على استحقاقه قبلهم أو معهم ، فيضرَّ بهم .

واحترز المصنف بقوله : (ضاق) : عما إذا اتسع ، فيسقي كلٌّ منهم متىٰ شاء .

(**فإن كان في الأرض**) الواحدة (**ارتفاع وانخفاض** . . **أُفرد كلُّ طرف بسقي**) إذ لو سقىٰ دفعة . . لزاد الماء في المنخفض على القدر المستحق .

وطريقه : أن يسقي المنخفض حتىٰ يبلغ الكعبين ثم يسده ، ويسقي المرتفع ، قال ابن الرفعة : وهـٰذا إذا لم يمكن سقي العالية أولاً حتىٰ يبلغ الكعب ثم يسد عليها ويرسله إلى السافلة ، فإن أمكن ذلك . . تعين فعله ، وقال السبكي : **الظاهر** : أنه لا يتعين البداءة بالأسفل بل لو عكس . . جاز .

ومرادهم : ألاّ يزيد في المنسفلة على الكعبين ، وصرح في « الاستقصاء » : بالتخيير بين الأمرين .

(**وما أُخذ من هـٰذا الماء**) يعني : المباح (**في إناء** . . **مُلك على الصحيح**) كالاحتشاش والاحتطاب ، **والثاني** : لا يملك الماء بحال ، بل يكون محرزه أولىٰ به من غيره .

واحترز بالإناء : عن الداخل في ملكه بسيل ؛ فإنه لا يملكه بدخوله **في الأصحِّ** .

نعم ؛ في معنى الإناء : سوقه إلىٰ بِرْكة له أو حُفْرة في أرضه ونحو ذلك .

(**وحافر بئرٍ بموات للارتفاق**) كالسقي مدةَ مقامه هنا (**أولىٰ بمائها حتىٰ يرتحل**) للحديث السالف : « مَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[1] ، فإذا ارتحل . . صارت كالنهر ، فإن عاد . . فهو كغيره .

والمراد بكونه أولىٰ بمائها : فيما يحتاج إليه منه لسقيه وماشيته وزرعه ، لا مطلقاً ،

---

(١) في (ص ٤٣٦) .

وَٱلْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ أَوْ فِي مِلْكٍ. . يُمْلَكُ مَاؤُهَا فِي ٱلأَصَحِّ ، وَسَوَاءٌ مَلَكَهُ أَمْ لاَ. . لاَ يَلْزَمُهُ بَذْلُ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ لِزَرْعٍ ، وَيَجِبُ لِمَاشِيَةٍ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

فليس له منع ما فضل عنه لشرب وماشية ، بخلاف سقي الزرع ، وللإمام احتمال في بذل الفاضل للزرع أيضاً[1] .

قال في « زيادة الروضة » : (**والمراد** : الفاضل الذي يجب بذلُه لماشية غيره ، أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم. . فلا يشرط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية)[2] .

(**والمحفورة**) في الموات (**للتملك ، أو في ملك. . يملك ماؤها في الأصحّ**) لأنه نماء ملكه ؛ كالثمرة واللبن ، **والثاني** : لا يملك ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « ثَلاثَةٌ لا يُمْنَعْنَ : ٱلمَاءُ وٱلْكَلأُ وٱلنَّارُ »[3] .

(**وسواء ملكه أم لا. . لا يلزمه بذلُ ما فَضَل عن حاجته لزرع**) أما على الملك. . فكغيره من المملوكات ، وأما علىٰ مقابله. . فهو أولىٰ به لسبقه .

(**ويجب لماشية على الصحيح**) لحرمة الروح بدليل وجوب سقيها ، بخلاف الزرع ، **والثاني** : لا ؛ كما لا يلزمه بذلُ ماء أحرزه في إنائه ، واختاره الإمام ونسبه إلى المحققين ، إلا أن يخاف هلاك الماشية فيجب بذله بالقيمة ؛ لحرمة الروح[4] .

وأطلق المصنف الوجوب ، وله شروط : ألا يجد صاحبُ الماشية ماء مباحاً ، وأن يكون بقرب الماء كلأ مباح ترعاه المواشي ، وإلا. . لم يجب **على المذهب** ، وأن يكون قبل حوزه في إناء ؛ فلا يجب بذل المحرز **على الصحيح** .

والمراد بالبذل : تمكين صاحب الماشية من الماء ، قاله في « نكت التنبيه » .

وقال الماوردي : تمكين الماشية من حضور البئر يشترط فيه : ألا يكون علىٰ صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية ، وإلا. . منعت ، فإن أمكن أربابها سوق الماء

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٣٣٢) .
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٠٩) .
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٧٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٤) نهاية المطلب (٨/ ٣٣٠) .

وَٱلْقَنَاةُ ٱلْمُشْتَرَكَةُ يُقْسَمُ مَاؤُهَا بِنَصْبِ خَشَبَةٍ فِي عَرْضِ ٱلنَّهْرِ فِيهَا ثُقَبٌ مُتَسَاوِيَةٌ أَوْ مُتَفَاوِتَةٌ عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْحِصَصِ ، وَلَهُمُ ٱلْقِسْمَةُ مُهَايَأَةً .

إليها بلا ضرر يلحقه أو نقله . . لزمه تمكينهم ، وإلا . . فلا[1] ، ويجب البذل أيضاً للرعاة **على الأصحِّ** ؛ لأنهم أولىٰ من الماشية .

(**والقناة المشتركة يُقسم ماؤها**) عند الضيق (**بنصب خشبة في عرض النهر فيها ثُقَب متساوية أو متفاوتة علىٰ قدر الحصص**) لأن بذلك يصل الحقُّ إلىٰ مستحقه ، ويجوز تساوي الثُّقَب مع تفاوت الحقوق ، فيأخذ صاحب الثلث مثلاً ثقبة ، والآخر ثقبتين .

ويشترط في الخشبة : أن تكون معتدلة الطرفين والوسط ، وتوضع علىٰ مستو من الأرض ؛ لأنه متىٰ علا أحد الطرفين . . عاد الماء إلى الموضع الآخر .

وقوله : (ثقب) هو بالثاء المثلثة ، كما نقل عن خط المصنف ، ويجوز قراءته بالنون أيضاً .

(**ولهم**) أي : للشركاء (**القسمة مهايأةً**) فيسقي هـٰذا يوماً ، والآخر مثله ؛ كقسمة سائر الأملاك المشتركة ، وهـٰذا الطريق يتعين إذا لم تمكن القسمة علىٰ ما سبق ؛ بأن تكون أراضي بعضهم بعيدة من المقسم ، قاله الزركشي ، وخالفت المهايأة في لبن الحلوب ؛ لأنه مجهول[2] .

* * *

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٣٦٢) .

(٢) **فائدة** : لا حريم للنهر عند أبي حنيفة وخالفه صاحباه ، قال ابن الملقن [٢/٩٥٩] : وهو مذهبنا ، وكان بعض الفقهاء الصالحين يستنكر العمائر علىٰ حافات النِّيل ، ويقول : إنه لا يجوز إحياؤها . اهـ هامش (أ) .

كِتَابُ الْوَقْفِ

شَرْطُ ٱلْوَاقِفِ : صِحَّةُ عِبَارَتِهِ ، وَأَهْلِيَّةُ ٱلتَّبَرُّعِ ، . . . .

(كتاب الوقف)

الوقف والتحبيس والتسبيل بمعنىً ، يقال : وقفت كذا ، ولا يقال : أوقفت إلا في لغة رديئة وعليها العامة .

وحقيقته شرعاً : تحبيس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، يمتنع التصرف في رقبته ، وتُصْرف منافعه إلىٰ وجه من البر تقرباً إلى الله تعالىٰ ، كذا حكاه المصنف في « التحرير » عن الأصحاب[1] ، **واعترض** : بأن القربة لا تشترط **على الصحيح** .

والأصلُ في الباب : السنة الصحيحة الشهيرة[2] ، واتفاق الصحابة عليه قولاً وفعلاً ، **قال الشافعي في القديم** : وقد بلغني أن أكثر من ثمانين رجلاً من الصحابة تصدقوا بصدقات مُحرَّمات[3] ، والشافعي يُسمِّي الأوقاف : الصدقات المُحرَّمة .

(**شرط الواقف : صحة عبارته**) فلا يصحُّ من صبي ومجنون ، (**وأهلية التبرع**) فلا يصحُّ من مبذر ومكاتب .

ولو اقتصر علىٰ أهلية التبرع . . لكان أحسن ؛ فإنه يلزم منها صحةُ العبارة .

وأفهم صحة وقف الذمي للمسجد ، وهو ما قاله البغوي في « فتاويه » وإن لم يعتقده قربة ، اعتباراً باعتقادنا ؛ كما يصحُّ منه بيعُ الشحم وإن اعتقد منعَه ، وأبدىٰ فيه احتمالاً آخر بعدم الصحة ؛ اعتباراً باعتقاده .

ولم يعتبر المصنف كون الموقوف ملكاً للواقف ، أو لمن وقع له الوقف ، **ومقتضاه** : جواز وقف الإمام شيئاً من بيت المال ، وهو ما أفتىٰ به كثيرون ؛ منهم ابن أبي عصرون والمصنف ، وقال في « المطلب » : **إنه المذهب** .

---

(١) تحرير التنبيه (ص ٢٣٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٣٧) ، ومسلم (١٦٣٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) الأم (٥/ ١١٠) .

وَٱلْمَوْقُوفِ : دَوَامُ ٱلِانْتِفَاعِ بِهِ ، لاَ مَطْعُومٌ وَرَيْحَانٌ . وَيَصِحُّ وَقْفُ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ وَمُشَاعٍ ، لاَ عَبْدٍ وَثَوْبٍ فِي ٱلذِّمَّةِ ، وَلاَ وَقْفُ حُرٍّ نَفْسَهُ ، وَكَذَا مُسْتَوْلَدَةٌ وَكَلْبٌ مُعَلَّمٌ وَأَحَدُ عَبْدَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(و) شرط (**الموقوفِ : دوام الانتفاع به لا مطعومٌ**) لأن منفعته في استهلاكه .

(**وريحان**) لسرعة فساده ، وهـٰذا في الريحان المحصود ، أما المزروع . . **فالظاهر** : صحة وقفه للشم ؛ كما قاله في « شرح الوسيط » ؛ لأنه يبقىٰ مدة ، وفيه منفعة أخرىٰ وهي : التنزه .

وتمثيله بالريحان قد يفهم صحةَ وقف المشموم الذي ينتفع به على الدوام ؛ كالعود والعنبر ونحوهما ، وبه صرح ابن الصلاح والخوارزمي في « الكافي » .

(**ويصحُّ وقف عقار**) بالإجماع (**ومنقول**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَمَّا خَالِدٌ : فَقَدِ ٱحْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ فِي سَبِيلِ ٱللهِ »[1] .

والأعتاد : ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد ، قاله الخطابي وغيره[2] .

واتفقت الأمة في الأعصار علىٰ وقف الحُصر والقناديل والزَّلالي في المساجد من غير نكير .

(**ومشاعٍ**) لأن عمر رضي الله عنه وقف مئة سهم من خيبر مُشاعاً ، رواه الشافعي[3] ، ولا يسري إلى الباقي ؛ لأنها من خواص العتق .

(**لا عبد وثوب في الذمة**) كالعتق ، ولا يشترط رؤية الموقوف **على الأصحِّ** .

(**ولا وقفُ حرٍّ نفسَه**) لأن رقبته غيرُ مملوكة ، ومالك المنفعة دون الرقبة لا يصحُّ وقفه إياها ؛ لأن الرقبة أصل والمنفعة فرع ، والفرع يتبع .

(**وكذا مستولَدة وكلبٌ معلم وأحد عبديه في الأصحِّ**) أما المستولدة . . فلأنها

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٨) ، ومسلم (٩٨٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) معالم السنن (٢/ ٥٣) .

(٣) مسند الشافعي (ص ٤٠٦) ، وأخرجه البخاري (٢٧٦٤) ، ومسلم (١٦٣٣) بنحوه عن ابن عمر رضي الله عنهما .

وَلَوْ وَقَفَ بِنَاءً أَوْ غِرَاساً فِي أَرْضٍ مُسْتَأْجَرَةٍ لَهُمَا . . فَٱلأَصَحُّ : جَوَازُهُ . فَإِنْ وَقَفَ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ وَاحِدٍ أَوْ جَمْعٍ . . ٱشْتُرِطَ إِمْكَانُ تَمْلِيكِهِ ؛ فَلاَ يَصِحُّ عَلَىٰ جَنِينٍ ، . . . .

ليست قابلة للنقل إلى الغير ، فالتحقت بالحرة ، **ووجه مقابله** : القياس علىٰ إجارتها .

وأما الكلب المعلم . . فلأن رقبته غيرُ مملوكة ، **ووجه مقابله** ؛ القياس علىٰ جواز إجارته وهبته .

واحترز بالمعلم : عما لا منفعة فيه ؛ فلا يصحُّ وقفه قطعاً ؛ إذ لا يقتنىٰ .

نعم ؛ القابل للتعليم ينبغي طرد الخلاف فيه ؛ كما قاله السبكي ؛ **لأن الأصحَّ** : جواز اقتناء الجرو للتعليم .

وأما أحد عبديه . . فقياساً على البيع ، **ووجه مقابله** : القياس على العتق ، فيطالب بالتعيين ، **وفرق الأول** : بأن العتق أنفذ بدليل سرايته وتعليقه .

(**ولو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجَرة لهما . . فالأصحُّ : جوازه**) لأنه مملوك يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ، **والثاني** : المنع ؛ لأنه معرض للقلع ، فكأنه وقف ما لا ينتفع به .

وقوله : (مستأجرة) : مثال ؛ فإن المستعارة والموصىٰ له بمنفعتها مدة كذلك ، ويجوز وقف المغصوب كعتقه ، قاله الجُوري .

(**فإن وقف علىٰ معيّن واحد أو جمعٍ . . اشترط إمكان تمليكه**) في الحال ؛ لأن الوقف تمليك المنفعة ، وكذا العين علىٰ قول .

وخرج بالمعيّن : الفقراء ؛ كما ذكره بعد .

ولا بدَّ في الموقوف عليه : **أن يكون موجوداً** ، فلو وقف علىٰ ولده ولا ولدَ له . . لم يصحَّ .

وعبارة « المحرر » : (جماعة) بدل : (جمع) ، **وهي أحسن** ؛ لشمولها الاثنين[1] .

(**فلا يصحُّ علىٰ جنين**) بخلاف الوصية ؛ لأنها تتعلق بالمستقبل ، والوقف تسليط

---

(١) المحرر (ص ٢٤٠) .

وَلاَ عَلَى ٱلْعَبْدِ لِنَفْسِهِ ، فَلَوْ أَطْلَقَ ٱلْوَقْفَ عَلَيْهِ . . فَهُوَ وَقْفٌ عَلَىٰ سَيِّدِهِ ، وَلَوْ أَطْلَقَ ٱلْوَقْفَ عَلَىٰ بَهِيمَةٍ . . لَغَا ، وَقِيلَ : هُوَ وَقْفٌ عَلَىٰ مَالِكِهَا . وَيَصِحُّ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ ، لاَ مُرْتَدٍّ وَحَرْبِيٍّ وَنَفْسِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

في الحال ، (ولا على العبد لنفسه) لأنه ليس أهلاً للتمليك .

(فلو أطلق الوقف عليه . . فهو وقف علىٰ سيده) كما لو وهب منه ، أو أوصىٰ له ، فإن شرطنا القبول . . قبل هو ، فلو لم يقبل وقبل سيده . . لم يكف على **الأصحِّ** وإن كان الملك له ؛ لأن الخطاب . . لم يجر معه .

(ولو أطلق الوقفَ علىٰ بهيمة . . لغا) لأنها ليست أهلاً للملك بحال ؛ كما لا تصحُّ الهبة منها ، ولا الوصية .

نعم ؛ يستثنىٰ : الوقف على الخيل المسبلة في الثغور ؛ فإنه يصحُّ كما جزم به جماعة منهم الدارمي ، والدَّبِيلي ، وجزم الغزي في « شرحه » : بصحة الوقف علىٰ حمام مكة .

(وقيل : هو وقف علىٰ مالكها) كالعبد ، فإن شرطنا القبول . . قبل صاحبها ، وقال ابن الرفعة تبعاً لجماعة : **إنه ظاهر المذهب**[1] .

(ويصحُّ علىٰ ذمي) معين ولو كان الواقف مسلماً ؛ كصدقة التطوع ، والجماعة المعينون كالواحد .

ويشترط في المعين : ألا يظهر فيه قصد المعصية ؛ فلو قال : (وقفت علىٰ خادم الكنيسة) . . لم يصحَّ ، قاله في « الشامل » وغيره .

ومحلُّ الصحة في المعين : فيما يجوز تمليكه إياه ؛ فيمتنع وقف العبد المسلم وكتب العلم عليه .

(لا مرتد وحربي ونفسِه في الأصحِّ) **أما الأولان** . . فلأنهما مقتولان ولا بقاء لهما ، والوقف صدقة جارية ؛ فلا يكون علىٰ من لا يبقىٰ ؛ كما لا يوقف ما لا بقاء له ، كذا وجهه الرافعي وغيره ، ونقضه في « البيان » بالزاني المحصن ؛ فإنه مأمور بقتله ،

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٢١) .

. . . .

والوقف عليه جائز[1] ، **والثاني** : يصحُّ عليهما ؛ كالذمي .

وأما الثالث . . فلتعذر تمليك الإنسان ملكه لنفسه ، **ووجه مقابله** : أن استحقاق الشيء وقفاً غيرُ استحقاقه ملكاً ، وقد يقصد حبسه ومنع نفسه من التصرف المزيل للملك ، **وقيل** : إن وقفه علىٰ نفسه وغيره . . جاز قياساً على المسجد والأضحية ، وإلا . . فتبطل حكاه ابن خيران في « اللطيف » .

وصور الماوردي المسألة بما إذا قال : (وقفت هـٰذه الأرض أو الشجر على الفقراء) ، وشرط أن يأكل من مغل الأرض ، أو ثمرة الشجر غنيّاً كان أو فقيراً ، وقطع بالبطلان فيما إذا قال : (وقفت علىٰ نفسي) وسكت ، وحكىٰ قولين فيما إذا قال : (وقفت علىٰ نفسي ثم الفقراء)[2] .

وفي « فتاوى القفال » : أنه لو وقف أرضاً وشرط أن يأكل منها ما احتاج إليه . . جاز ، ولا يبطل به الوقف ، وله أن يأكل منه ، بخلاف ما إذا شرط أن يأكله كلَّه إذا احتاج إليه .

وقال مرة : هـٰذا الشرط ـ أعني : الأول ـ نافذ . كذا رَويته عن جميع أشياخي والقضاة ، وما رأيت أحداً أنكر هـٰذا ، فهو كالإجماع منهم . انتهىٰ .

وقد ذكروا للوقف على النفس صوراً من الحيل : **منها** : ما ذكره أبو علي الفارقي وغيره : أن يقف علىٰ أولاد أبيه الذين صفتهم كيت وكيت ، ويذكر صفات نفسه ، واعتمده ابن الرفعة[3] ؛ فإنه وقف وقفاً على الأفقه من بني الرفعة ، وكان يتناوله ، واستبعده السبكي ؛ لأن قصد الجهة فيها بعيد وإنما يقصد نفسه ، بخلاف الوقف على الفقراء ، ولو فرض أن لا فقير سواه . . فقد تقصد الجهة ، **ومنها** : أن يؤجر ملكه مدة يظن أنه لا يعيش فوقها بأجرة منجمة ، ثم يقفه بعد علىٰ ما يريد . . فإنه يصحُّ الوقف ويتصرف هو في الأجرة ؛ كما أفتىٰ به ابن الصلاح وغيره[4] ، **والأحوط** : أن يستأجره

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٥٥) ، البيان (٨/ ٦٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٣٨٧ـ ٣٨٩) .

(٣) كفاية النبيه (١٢/ ١٧) .

(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٩٧) .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَىٰ جِهَةِ مَعْصِيَةٍ كَعِمَارَةِ ٱلْكَنَائِسِ . . فَبَاطِلٌ ، أَوْ جِهَةِ قُرْبَةٍ كَٱلْفُقَرَاءِ وَٱلْعُلَمَاءِ وَٱلْمَسَاجِدِ وَٱلْمَدَارِسِ . . صَحَّ ، أَوْ جِهَةٍ لاَ تَظْهَرُ فِيهَا ٱلْقُرْبَةُ كَٱلأَغْنِيَاءِ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

بعد الوقف من المستأجر ؛ لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر ، **ومنها** : أن يرفعه إلىٰ من يراه فيحكم بصحته ، **وعليه العمل في زماننا** .

(**وإن وقف علىٰ جهة معصية ؛ كعمارة الكنائس**) وقناديلها وحُصرها وكتب التوراة (. . **فباطل**) قطعاً ؛ لأنه إعانة علىٰ معصية ، والوقف شرع للتقرب فهما متضادَّان ، وسواء وقفه مسلم أو ذمي ، فنبطله إذا ترافعوا إلينا ، أما **ما** وقفوه قبل المبعث علىٰ كنائسهم القديمة . . فنقرهم حيث نقر الكنائس .

والمراد بـ(الكنائس) : الأماكن المعدّة للعبادة ، أما ما ينزله المارة من أهل الذمة . . **فالنصُّ وقول الجمهور** : جواز الوصية ببنائها ، قال ابن الرفعة : ويشبه أن الوقف كذلك حتىٰ يأتي الخلاف . انتهىٰ[1] .

وفي « البحر » : لو وقف علىٰ من ينزل الكنائس من المارين والمجتازين من أهل الذمة . . جاز ؛ لأنه وقف عليهم دونها .

(**أو جهة قربة ؛ كالفقراء والعلماء والمساجد والمدارس . . صحَّ**) لعموم أدلة الوقف .

والمراد بـ(جهة القربة) : أن يظهر فيها قصد القربة ؛ بدليل المعطوف الآتي ، وإلا . . فالوقف كلُّه قربة .

(**أو جهة لا تظهر فيها القربة ؛ كالأغنياء . . صحَّ في الأصحِّ**) الخلاف مبني علىٰ أن المرعي في الوقف على الموصوفين التمليك ؛ كالوصية أو القربة ، قال الرافعي : **والأشبه بكلام الأكثرين** : الأول ، قال : **والأحسن** : توسط لبعض المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء ، وإبطالُه على اليهود والنصارىٰ وقطاع الطريق وسائر الفساق ؛ لتضمنه الإعانة على المعصية .

قال ابن الرفعة : وما استحسنه ببادي الرأي صحيح ، وهو خلاف قول الأصحاب

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٨١) ، كفاية النبيه (١٢/ ١٣) .

وَلاَ يَصِحُّ إِلاَّ بِلَفْظٍ ، وَصَرِيحُهُ : (وَقَفْتُ كَذَا) أَوْ (أَرْضِي مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهِ) ، وَٱلتَّسْبِيلُ وَٱلتَّحْبِيسُ صَرِيحَانِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلَوْ قَالَ : (تَصَدَّقْتُ بِكَذَا صَدَقَةً مُحَرَّمَةً) أَوْ (مَوْقُوفَةً) أَوْ (لاَ تُبَاعُ) ، أَوْ . . . .

كافة ؛ فإنه ناظر في الأغنياء لقصد التملك ، وفي أهل الذمة لقصد القربة ، وهو كإحداث قول بعد اجتماع الأولين علىٰ قولين ، ولو كان الأمر كما قال في اليهود والنصارىٰ . . لكان الوقف عليهم معصيةً ، وهو خلاف قول الأصحاب .

(**ولا يصحُّ إلا بلفظ**) كغيره من التمليكات .

نعم ؛ لو بنىٰ مسجداً في موات . . كفت النية ؛ كما قاله في « الكفاية » تبعاً للماوردي[1] ؛ لأن الموات لم يدخل في ملك من أحياه مسجداً ، وإنما احتيج إلى اللفظ لإخراج ما كان في ملكه عنه ، وأما البناء . . فصار له حكم المسجد تبعاً ، وخالفه الفارقي في ذلك .

ويستثنىٰ أيضاً : ما إذا أخذ شخص من الناس شيئاً ليبني به زاوية أو رباطاً . . فإنه إذا بنىٰ . . يصير وقفاً علىٰ ما كان يأخذ له ، ذكره الشيخ أبو محمد في كتاب « موقف الإمام والمأموم » وكذا الشارع يصير وقفاً بالاستطراق ولا يحتاج إلىٰ لفظ ، ذكره الإمام في (الصلح)[2] .

ومحلُّ اشتراط اللفظ : في الناطق ، أما الأخرس . . فيصحُّ منه بالإشارة المفهمة ، وبالكتابة مع النية .

(**وصريحه** : « **وقفت كذا** » ، **أو** « **أرضي موقوفة عليه** ») لأنه موضوع له .

وإنما قال : (موقوفة) ؛ لينبه علىٰ أنه لا فرق بين الفعل والمشتق منه .

(**والتسبيل والتحبيس صريحان على الصحيح**) لكثرة استعمالهما واشتهارهما شرعاً وعرفاً ، بل قال المتولي : ما نقل عن الصحابة وقف إلاّ بهما ، **والثاني** : كنايتان ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهارَ الوقف ، **والثالث** : التحبيس صريح ، والتسبيل كناية .

(**ولو قال** : « **تصدقت بكذا صدقةً محرمة** » ، **أو** « **موقوفة** » ، **أو** « **لا تباع** » ، **أو**

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٣٧) .
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٤٧١) .

(لاَ تُوهَبُ) . . فَصَرِيحٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : (تَصَدَّقْتُ) فَقَطْ . . لَيْسَ بِصَرِيحٍ وَإِنْ نَوَىٰ ، إِلاَّ أَنْ يُضِيفَ إِلَىٰ جِهَةٍ عَامَّةٍ وَيَنْوِيَ . . . .

« لا توهب » . . فصريح في الأصحِّ)[1] لانصرافه بهـٰذا عن التمليك المحض ، وهـٰذا صريح بغيره ، وما قبله صريح بنفسه ، **والثاني** : كناية ؛ لاحتمال تأكيد ملك المتصدق عليه .

واستشكل السبكي حكاية الخلاف في الثانية مع قطعه أولاً بصراحة : (أرضي موقوفة) ، فكيف إذا اجتمع مع غيره يجيء فيه خلاف فضلاً عن قوته ؟! انتهىٰ ، **وفيه نظر** ؛ لأن الخلاف هنا جاء من احتمال تأكيد ملك المتصدق عليه .

(**وقوله** : « **تصدقت** » **فقط . . ليس بصريح وإن نوىٰ**) لتردد اللفظ بين صدقة الفرض والتطوع والصدقة الموقوفة ، (**إلا أن يضيف إلىٰ جهة عامة**) كـ(تصدقت بهـٰذا على الفقراء) (**وينوي**) الوقف ، فيصير وقفاً **على الأصحِّ** ؛ لأن الكناية مع النية بمنزلة الصريح .

وظاهر كلامه : أنه يصير بالنية صريحاً ، **وظاهر كلام الرافعي في كتبه** ، **والمصنف في** « **الروضة** » : عدم الصراحة ، وإنما إضافته إلى الجهة العامة صيرته كنايةً حتىٰ تعملَ فيه النية ، **وهو الصواب** ؛ لأنه ليس لنا صريح يفتقر إلىٰ نية[2] .

واحترز بالجهة العامة : عن المعين ؛ فإنه لا يكون وقفاً **على الأصحِّ** ، بل ينفذ فيما هو صريح فيه ، وهو التمليك المحض ؛ كما قاله الإمام ، وبحث فيه الرافعي[3] .

واختار السبكي حصول الوقف في المعين أيضاً مع النية ، قال : وممن أطلق ذلك الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، قال : وإطلاق الصدقة على المنجزة والوقف إطلاقُ العام على الخاص ؛ فقول القائل : (تصدقت) يحتملهما ، فكان كناية .

وهـٰذا كلُّه بالنسبة للظاهر ، أما في الباطن . . فيصير وقفاً فيما بينه وبين الله تعالىٰ ،

---

(١) في (ب) و(د) : (أو لا تباع ولا توهب) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٦٤) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٢٣) .
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٣٤٤) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٦٥) .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ قَوْلَهُ : (حَرَّمْتُهُ) أَوْ (أَبَّدْتُهُ) لَيْسَ بِصَرِيحٍ ، وَأَنَّ قَوْلَهُ : (جَعَلْتُ ٱلْبُقْعَةَ مَسْجِداً) تَصِيرُ بِهِ مَسْجِداً ، وَأَنَّ ٱلْوَقْفَ عَلَىٰ مُعَيَّنٍ يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبُولُهُ . . . .

صرح به المرعشي وسليم وصاحب « الشامل » و« التتمة » وغيرهم .

(**والأصح : أن قوله : « حرمته » أو « أَبَّدته » ليس بصريح**) بل كناية ؛ لأنهما لا يستعملان مستقلين ، وإنما يؤكد بهما الألفاظ السابقة ، **والثاني** : أنهما صريحان ؛ لإفادتهما الغرض ؛ كالتحبيس والتسبيل .

(**وأن قوله : « جعلت البقعة مسجداً » تصير به مسجداً**) لأن المسجد لا يكون إلا وقفاً ، فأغنىٰ لفظُه عن لفظ الوقف ، **والثاني** : لا تصير ؛ لفقد الألفاظ المتقدمة ، وقد وصفها بما وصفها الشارع حيث قال : « جُعِلَتْ لِيَ ٱلْأَرْضُ مَسْجِداً »[(١)] .

وهـٰذا قول الأكثرين ، والأول لم ينقله الرافعي إلا عن ظاهر لفظ « الوجيز » وقال : **إنه الأشبه** ، ولعله من تفقهه[(٢)] .

قال في « الكفاية » : **ومحلُّ الخلاف** : إذا خلا عن نية ، فلو قصد بقوله : (جعلتها مسجداً) الوقف . . صار مسجداً قطعاً ، جزم به القاضي الحسين[(٣)] .

(**وأن الوقف علىٰ معين يشترط فيه قبوله**) لأنه يبعد دخول عين أو منفعة في ملكه قهراً ؛ كالهبة والوصية ، **وعلىٰ هـٰذا** : يشترط كونه على الفور من أهله ، وإلا . . فيقبل الولي ، **والثاني** : لا يشترط ، واستحقاقه المنفعة كاستحقاق العتيق منفعة نفسه .

وهـٰذا اختاره جمع من المتقدمين والمتأخرين؛ منهم الشيخ أبو حامد ، وابن الصلاح، والمصنف في (باب السرقة) ، والسبكي وقال : **إنه ظاهر نصوص الشافعي في غير موضع**، وما رجحه تبع فيه « المحرر » ، ونقله في « زيادة الروضة » عنه مقتصراً عليه[(٤)] .

واحترز بالمعين : عن الجهة العامة ؛ كالفقراء ، أو جهة تحرير ؛ كالمسجد ؛ فإنه لا يشترط القبول قطعاً .

---

(١) أخرجه البخاري (٣٣٥) ومسلم (٥٢١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٦٣) .

(٣) كفاية النبيه (١٢/ ٣٧) .

(٤) المحرر (ص ٢٤١) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٢٤) .

وَلَوْ رَدَّ . . بَطَلَ حَقُّهُ شَرَطْنَا ٱلْقَبُولَ أَمْ لاَ . وَلَوْ قَالَ : (وَقَفْتُ هَـٰذَا سَنَةً) . . فَبَاطِلٌ . .

قال الرافعي : ولو قيل : ينوب الحاكم في القبول . . لم يبعد ؛ كما ناب عن المسلمين في استيفاء القصاص وغيره[١] ، وفرق السبكي بينه وبين الاستيفاء : والاستيفاء لا بدَّ فيه من مباشرة ، بخلاف هـٰذا ، قال : وقد يقال : ندب الشارع إليه وهو بمنزلة الاستيجاب ، والوقف بمنزلة الإيجاب فتم العقد . انتهىٰ .

وحيث شرطنا القبول . . فلا يشترط القبض على **المذهب المشهور** ، وشذ الجُوري والمرعشي فحكيا قولين في اشتراطه في المعين .

(**ولو رد . . بطل حقه شرطنا القبول أم لا**) كالوصية والوكالة ، وقال البغوي : لا يرتدّ بردِّه ، وجزم به في « الكافي » ، وقال ابن الصلاح : **إنه متجه**[٢] .

وقوله : (بطل حقه) أي : من الوقف ؛ كما صرح به الجمهور ، وقال الماوردي : من الغلة ، **فعلى الأول** : إن كان البطن الأول . . صار منقطع الأول ، فيبطل كلُّه **على الصحيح** ، **والثاني** : فمنقطع الوسط .

(**ولو قال** : « **وقفت هـٰذا سنة** » . . **فباطل**) أي : الوقف ؛ لفساد الصيغة ؛ لأن وضعه التأبيد ، وقيل : يصحُّ مؤقتاً ، **وقيل** : مؤبداً ، ويلغو التأقيت .

قال السبكي : قوله : (سنة) : فيه تأقيت وسكوت عن المصرف ، فلبطلانه سببان ؛ فإن ذكر مصرفاً ؛ بأن قال : (علىٰ زيد سنة) . . ففيه تأقيت ، وانقطاع آخره ، أو (على الفقراء سنة) . . فتأقيت فقط .

وصورة المسألة : ألاّ يذكر بعده مصرفاً آخر ؛ فإن قال : (وقفته علىٰ زيد سنة ، وبعده على الفقراء) . . قال الأَذْرَعي : صحَّ بلا خلاف ؛ لوجود الدوام .

ومن هنا شرع المصنف في الشرائط ؛ لأن الأركان فرع منها ، وهي : الواقف ، والموقوف عليه ، والموقوف ، والصيغة ، وقد عقد في « المحرر » هنا فصلاً[٣] .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٦٥) .

(٢) التهذيب (٤/ ٥١٧) ، فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٦٥ـ٣٦٦) .

(٣) المحرر (ص ٢٤١) .

وَلَوْ قَالَ : (وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلَادِي) أَوْ (عَلَىٰ زَيْدٍ ثُمَّ نَسْلِهِ) وَلَمْ يَزِدْ . . فَٱلْأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْوَقْفِ ، فَإِذَا ٱنْقَرَضَ ٱلْمَذْكُورُ . . فَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْقَىٰ وَقْفاً ، وَأَنَّ مَصْرِفَهُ أَقْرَبُ ٱلنَّاسِ إِلَى ٱلْوَاقِفِ يَوْمَ ٱنْقِرَاضِ ٱلْمَذْكُورِ . . . .

(**ولو قال** : « **وقفت علىٰ أولادي** » ، **أو** « **علىٰ زيد ثم نسِله** » ، **ولم يزد** . . **فالأظهر** : **صحة الوقف**) لأن مقصود الوقف القربةُ والدوام ، فإذا بيّن مصرفه ابتداء . . سهلت إدامته علىٰ سبل الخير ، وهـٰذا هو المُسمَّىٰ : منقطع الآخر ، **والثاني** : بطلانه ؛ لأنه لم يؤبّده ولم يرده إلىٰ ما يدوم ، فكان كالتأقيت ، **والثالث** : إن كان حيواناً . . صحَّ ؛ إذ ربما هلك قبل الموقوف عليه ، بخلاف العقار .

(**فإذا انقرض المذكور** . . **فالأظهر** : **أنه يبقىٰ وقفاً**) لأن وضع الوقف الدوامُ ؛ كالعتق ، **والثاني** : يرتفع الوقف ، ويعود ملكاً للواقف أو ورثته إن كان قد مات ؛ لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيدٌ ، فتعين ارتفاعه .

(**وأن مصرفه أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور**) لأن أفضل القربات الصدقة على القرابات ، فإذا تعذر ردّه إلىٰ واقفه . . كان أولى الناس به أقربهم إليه .

فإن لم يكن له أقارب . . قال السبكي : ففي « مختصر البويطي » : أن للإمام أن يجعله حبساً على المسلمين تصرف غلته في مصالحهم ، وحكاه صاحب « البحر » عن النصِّ ، وقال : إن القاضي الطبري صار إليه ورجحه ، والذي ذكره ابن الصباغ وسليم : أنه يصرف إلى الفقراء والمساكين ، **والقول الثاني** : يصرف إلى الفقراء والمساكين ؛ لأنه يؤول إليهم الوقف الصحيح في الانتهاء ، **والثالث** : إلىٰ مستحقي الزكاة ، **والرابع** : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس .

والمعتبر على الأول : قرب الرحم لا استحقاق الإرث **على الأصحِّ** ؛ فيقدم ابن البنت على ابن العم ، وقيل : النظر إلىٰ قرب الجوار من أقاربه ، ويختص به فقراء الأقارب **على الأظهر** .

وهـٰذا الاختصاص هل هو علىٰ سبيل الوجوب أو الندب ؟ وجهان بلا ترجيح في «الروضة» و«أصلها»[1] ، قال الأَذْرَعي : **والظاهر وقضية كلام الجمهور** : الوجوب .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٦٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٢٦) .

وَلَوْ كَانَ ٱلْوَقْفُ مُنْقَطِعَ ٱلأَوَّلِ ؛ كَـ(وَقَفْتُهُ عَلَىٰ مَنْ سَيُولَدُ لِي) . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلاَنُهُ ، أَوْ مُنْقَطِعَ ٱلْوَسَطِ ؛ كَـ(وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلاَدِي ثُمَّ رَجُلٍ ثُمَّ ٱلْفُقَرَاءِ) . . فَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّتُهُ . وَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ : (وَقَفْتُ) . . فَٱلأَظْهَرُ : بُطْلاَنُهُ . . . .

(**ولو كان الوقف منقطع الأول ؛ كـ« وقفته علىٰ من سيولد لي »**) أو (علىٰ مسجد سيبنىٰ) (. . **فالمذهب : بطلانه**) لأن الأول باطل ؛ لعدم إمكان الصرف إليه في الحال ، والثاني : فرع الباطل .

والطريق الثاني : فيه قولان ، **ثانيهما** : الصحة ؛ لأن الأول لمّا بطل . . صار كالمعدوم ، وكان الثاني مبتدأ به ، ولم يصحح الشيخان واحداً من الطريقين[1] ، وفي « المطلب » : أن طريقة القطع صححها الجمهور .

وفي تمثيل المصنف نقص ، **وكان ينبغي أن يقول** : (ثم على الفقراء) ، وإلا . . فهو منقطع الأول والآخر ، ولا خلاف في بطلانه ؛ كما قاله القاضي الحسين وغيره .

(**أو منقطع الوسط ؛ كـ« وقفت علىٰ أولادي ثم**) علىٰ (**رجلٍ**) أي : مبهم[2] (**ثم الفقراء** » . . **فالمذهب : صحته**) الخلاف هنا مرتب علىٰ منقطع الآخر إن صححناه ، فهـٰذا أولىٰ ؛ لوجود المصرف في الحال والمآل ، وإلا . . فوجهان : **أصحهما** : الصحة ، وإذا صححناه . . ففي مصرفه عند توسط الانقطاع الخلافُ المارُّ في منقطع الآخر .

(**ولو اقتصر علىٰ**) قوله : (« **وقفت** ») كذا ولم يذكر مصرفه (. . **فالأظهر : بطلانه**) لأن الوقف يقتضي التمليك ، فإذا لم يعين الملك . . بطل ؛ كقوله : (بعت) ، **والثاني** : يصحُّ وبه قال جمع العراقيين ، ومال إليه السبكي ؛ كما لو قال : (أوصيت بثلث مالي) ولم يزد . . فإنه يصحُّ ويصرف إلى الفقراء والمساكين .

واستشكل الرافعي الفرق ، وفرق في « الروضة » : بأن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل الإطلاق عليه ، بخلاف الوقف ، وبأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصحُّ

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٦٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٢٧) .

(٢) في النسخ : (منهم) ، والتصويب من « نهاية المحتاج » (٥/ ٣٧٤) ، و« الإقناع » (ص ٣٧٦) .

وَلاَ يَجُوزُ تَعْلِيقُهُ ؛ كَقَوْلِهِ : (إِذَا جَاءَ زَيْدٌ فَقَدْ وَقَفْتُ) . وَلَوْ وَقَفَ بِشَرْطِ ٱلْخِيَارِ . . بَطَلَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا وَقَفَ بِشَرْطِ أَلاَّ يُؤَجَّرَ . . ٱتُّبِعَ شَرْطُهُ ، . . . . .

بالمجهول والنجس ، بخلاف الوقف ، وإذا صححنا . . ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر[1] .

(**ولا يجوز تعليقه ؛ كقوله : « إذا جاء زيد . . فقد وقفت »**) كذا علىٰ كذا ؛ كالبيع والهبة .

واستثني من هٰذا : ما لو قال : (وقفت هٰذه الدار بعد موتي على المساكين) . . فقد أفتى الأستاذ أبو إسحاق بوقوع الوقف بعد الموت ؛ كعتق المدبر ، وساعده أئمة الزمان .

قال الإمام : وهو تعليق على التحقيق بل زائد عليه ؛ فإنه إيقاع تصرف بعد الموت[2] ، قال الرافعي : وهٰذا كأنه وصية ؛ لقول القفال في « فتاويه » : لو عرضها على البيع . . كان رجوعاً ؛ أي : فعلىٰ هٰذا لا استثناء .

(**ولو وقف بشرط الخيار**) كما إذا شرط أن يرجع فيه متىٰ شاء ، أو يبيعه ونحوه (**. . بطل على الصحيح**) لأن الوقف إزالة ملك لله تعالىٰ ؛ كالعتق ، أو إلى الموقوف عليه ؛ كالهبة ، وعلى التقديرين : فيفسد بهٰذا الشرط ، **والثاني** : يصحُّ الوقف ويبطل الشرط ؛ كما لو طلق علىٰ أن لا رجعة له .

(**والأصحُّ : أنه إذا وقف بشرط ألاّ يؤجر . . اتُّبع شرطه**) كسائر الشروط ؛ لما فيه من وجوه المصلحة ، **والثاني** : المنع ؛ لتضمنه الحجر علىٰ مستحق المنفعة ، **والثالث** : إن منع الإجارة مطلقاً . . فلا ، أو الزيادة علىٰ سنة . . اتبع ؛ لأنه لائق بمصلحة الوقف .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : حالة الضرورة ؛ كما لو شرط ألاّ تؤجر الدار أكثر من سنة ، ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة إلا بإجارة سنين . . فإن ابن الصلاح أفتىٰ

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٧٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣١) .
(٢) نهاية المطلب (٨/ ٣٥٧) .

وَأَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي وَقْفِ ٱلْمَسْجِدِ ٱخْتِصَاصَهُ بِطَائِفَةٍ كَٱلشَّافِعِيَّةِ . . ٱخْتَصَّ كَٱلْمَدْرَسَةِ وَٱلرِّبَاطِ . وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ شَخْصَيْنِ ثُمَّ ٱلْفُقَرَاءِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا . . فَٱلأَصَحُّ ٱلْمَنْصُوصُ : أَنَّ نَصِيبَهُ يُصْرَفُ إِلَى ٱلآخَرِ .

بالجواز في عقود مستأنفة وإن شرط الواقف ألا يستأنف ؛ لأنه في هـٰذه الحالة يخالف مصلحة الوقف[1] .

وأفتىٰ أيضاً : بأن الواقف لو شرط ألاّ يؤجر أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد آخر قبل مضي المدة الأولىٰ . . أنه لا يصحُّ العقد الثاني ؛ اتباعاً لشرط الواقف[2] .

(وأنه إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفة ؛ كالشافعية . . اختص) فلا يصلي فيه ولا يعتكف غيرهم ؛ اتباعاً لشرطه ، وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر ، قال القاضي في آخر (كتاب الحرية) : وهو مكروه ، **والثاني** : لا يختص ؛ لأن جعل البقعة مسجداً ؛ كالتحرير ، فلا معنىٰ لاختصاصه بجماعة ، وقال الإمام : **إنه المذهب**[3] .

(كالمدرسة والرباط) أي : فإنه يختص فيهما قطعاً ؛ كما صرح به المتولي وغيره ، ونقل بعضهم فيه إجماعَ المذاهب الأربعة .

(ولو وقف علىٰ شخصين ثم الفقراءِ فمات أحدهما . . فالأصحُّ المنصوص) في « حرملة » **(أن نصيبه يصرف إلى الآخر)** لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ، ولم يوجد ، وإذا امتنع الصرف إليهم . . فالصرف إلىٰ من ذكره الواقف أولىٰ ، **والثاني** : أنه يصرف للفقراء ؛ كما أن نصيبهما إذا انقرضا يكون لهم ، قال الرافعي : **والقياس** : وجه ثالث ، وهو ألاّ يصرف إلىٰ صاحبه ، ولا إلى المساكين ، ويقال : صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط ، ثم صرح بعده بقليل بحكايته وجهاً عن صاحب « الإفصاح » ، واقتضىٰ كلام « الشرح الصغير » ترجيحه ، قال في « الروضة »:

---

(١) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٨٢) .
(٢) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٣٤٤) .
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٣٩٨) .

فصل

[في أحكام الوقف اللفظية]

قَوْلُهُ : (وَقَفْتُ عَلَىٰ أَوْلاَدِي وَأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي) يَقْتَضِي ٱلتَّسْوِيَةَ بَيْنَ ٱلْكُلِّ ، وَكَذَا لَوْ زَادَ : (مَا تَنَاسَلُوا) ، أَوْ (بَطْناً بَعْدَ بَطْنٍ) . . . .

ومعناه : أن يكون مصرفه مصرف منقطع الوسط لا أنه يجيء خلافٌ في صحة الوقف[1] .

* * *

(**فصل : قوله : « وقفت علىٰ أولادي وأولاد أولادي » يقتضي التسوية بين الكلِّ**) في أصل الإعطاء والمقدار ؛ لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب ، قال ابن الرفعة : ومن يقول : الواو للترتيب . . ينبغي أن يقدم الأولاد ، ولم يذكروه[2] .

وإدخال (أل) علىٰ (كلّ) أجازه الأخفش والفارسي ، ومنعه الجمهور .

(**وكذا لو زاد : « ما تناسلوا »**) أي : فيسوي بين الكلِّ ، وكأنه قال : (عليهم وعلىٰ أعقابهم ما تناسلوا) .

(**أو « بطناً بعد بطن »**) أي : فإنه يقتضي التسوية أيضاً ، فيشارك البطنُ الأسفل البطنَ الأعلىٰ ؛ لأنه محتمل ، وهـٰذا قاله العبادي والفوراني والبغوي ، وجريا عليه[3] .

وذهب الجمهور إلىٰ أنه للترتيب ؛ لأن صيغة : (بعد) موضوعة لتأخير الثاني عن الأول ، وهو معنى الترتيب ، بل الترتيب فيها أصرح من (ثم) و(الفاء) وقد جزم فيهما بالترتيب فـ(بعد) أولىٰ .

وممن أفتىٰ بأنه للترتيب : الشيخ تقي بن رزين ، والشيخ تاج الدين الفزاري ، وولده الشيخ برهان الدين .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٧٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣٢) . **بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين . اهـ هامش (أ)** .

(٢) كفاية النبيه (١٢/ ٦٨) .

(٣) التهذيب (٤/ ٥٢٣) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٧٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣٤) .

وَلَوْ قَالَ : (عَلَىٰ أَوْلاَدِي ثُمَّ أَوْلاَدِ أَوْلاَدِي ثُمَّ أَوْلاَدِهِمْ مَا تنَاسَلُوا) ، أَوْ (عَلَىٰ أَوْلاَدِي وَأَوْلاَدِ أَوْلاَدِي ٱلأَعْلَىٰ فَٱلأَعْلَىٰ) أَوِ (ٱلأَوَّلِ فَٱلأَوَّلِ) . . فَهُوَ لِلتَّرْتِيبِ . وَلاَ يَدْخُلُ أَوْلاَدُ ٱلأَوْلاَدِ فِي ٱلْوَقْفِ عَلَى ٱلأَوْلاَدِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وسكت الشيخان عما لو جمع بينهما فقال : (وقفت علىٰ أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا بطناً بعد بطن) ، وفيه وجهان : **أحدهما** ، وبه أفتىٰ أبو طاهر الزيادي والقاضي الحسين : أنه للترتيب ، قال السبكي : **وهو الصحيح** .

والثاني : أنه ليس للترتيب ، قاله أبو عاصم العبادي والفوراني .

ولو قال : (نسلاً بعد نسل) موضع قوله : (بطناً بعد بطن) . . قال السبكي : ينبغي ألاّ يكون للترتيب ؛ لأن كلَّ من وجد وإن كان من بطنين فأكثر يُسمَّىٰ نسلاً ، فيستحقون ويكونون هم النسل الأول ، ومن يوجد بعدهم النسل الثاني ، بخلاف البطن ؛ فإن العرف فيه دلالة تخصُّ الطبقة الواحدة من النسل .

قال : ولو قال : (وقفت علىٰ ذريتي أو نسلي بطناً بعد بطن) . . فينبغي أن يجيء ما سبق في قوله : (بطناً بعد بطن) ، ولم أره منقولاً .

(**ولو قال : « علىٰ أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم ما تناسلوا » ، أو « علىٰ أولادي وأولاد أولادي الأعلىٰ فالأعلىٰ » ، أو « الأول فالأول » . . فهو للترتيب**) لدلالة اللفظ عليه بـ(ثم) في الأولىٰ ، ولتصريحه به في الثانية .

وقوله : (الأول فالأول) : ضبطه المصنف بكسر (اللام) على البدل ، ويجوز الفتح إما على الحال ـ والألف واللام قيل : زائدة ، وقيل : معرفة ـ وإما علىٰ أنه مشبه بالمفعول .

(**ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد في الأصحِّ**) لأنه لا يقع عليهم اسم الولد حقيقة ؛ ولهـٰذا يصحُّ أن يقال : (ما هو ولده ، بل ولد ولده) ، **والثاني** : **يدخل** ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ يَـٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾ .

وقيل : يدخل أولاد البنين للانتساب ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أَنَا ٱبْنُ عَبْدِ ٱلْمُطَّلِبِ »[1] دون أولاد البنات .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٦٤) ، ومسلم (١٧٧٦) عن البراء بن عازب رضي الله عنهما .

وَيَدْخُلُ أَوْلاَدُ ٱلْبَنَاتِ فِي ٱلْوَقْفِ عَلَى ٱلذُّرِّيَّةِ وَٱلنَّسْلِ وَٱلْعَقِبِ وَأَوْلاَدِ ٱلأَوْلاَدِ ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : (عَلَىٰ مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيَّ مِنْهُمْ) . . . .

ومأخذ الخلاف : أن إطلاق لفظ الولد عليهم حقيقة أو مجاز ؟ **والأصحُّ** : الثاني .

ومحلُّ الخلاف : إذا وجد النوعان ، فلو قال : (وقفت علىٰ أولادي) وليس له إلا أولاد أولاد . . حمل عليهم قطعاً نقلاه عن المتولي وأقراه[1] .

وقد يقترن باللفظ ما يقتضي عدم دخولهم ؛ كقوله : (علىٰ أولادي ، فإذا انقرضوا . . فلأحفادي الثلث مثلاً ، والباقي للفقراء) كذا قالاه[2] .

ونازع ابن الرفعة في هـٰذا التمثيل ، وقال : **لعل المراد** عند انقراض الأولاد يكون كذلك بعد أن كان لهم شيء غير مقدر ، وإنما تظهر القرينة فيما إذا قال : (فإذا انقرض أولادي . . فعلىٰ أحفادي)[3] .

(**ويدخل أولاد البنات**) قريبهم وبعيدهم (**في الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد**) أما في الذرية . . فلقوله تعالىٰ في إبراهيم صلى الله عليه وسلم : ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَـٰنَ﴾ إلىٰ قوله : ﴿وَعِيسَىٰ﴾ وليس هو إلا ولد البنت ، والنسلُ والعقب في معناه ؛ كما قطعوا به .

و(**العقب**) : هو ولد الرجل الذي يأتي بعده .

وأما أولاد الأولاد . . فلأن البنات أولاده ، فأولادهنَّ أولاد أولاده حقيقة .

(**إلا أن يقول : « علىٰ من ينتسب إليّ منهم »**) أي : من أولاد أولادي ، فلا يدخل أولاد البنات ؛ لأنهم لا ينسبون إليه بل إلىٰ آبائهم ، **وقيل** : يدخلون ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحسن بن علي رضي الله عنهما : « إِنَّ ٱبْنِيَ هَـٰذَا سَيِّدٌ » أخرجه البخاري[4] .

وأجيب : بأنه من خصائصه أن ينتسبوا إليه .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٧٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣٦) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٧٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٣٦) .

(٣) كفاية النبيه (١٢/ ٧٢) .

(٤) صحيح البخاري (٢٧٠٤) عن أبي بكرة رضي الله عنه .

وَلَوْ وَقَفَ عَلَىٰ مَوَالِيهِ وَلَهُ مُعْتِقٌ وَمُعْتَقٌ . . قُسِمَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يَبْطُلُ . وَٱلصِّفَةُ ٱلْمُتَقَدِّمَةُ عَلَىٰ جُمَلٍ مَعْطُوفَةٍ تُعْتَبَرُ فِي ٱلْكُلِّ ؛ كَـ(وَقَفْتُ عَلَىٰ مُحْتَاجِي أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي) ، وَكَذَا ٱلْمُتَأَخِّرَةُ عَلَيْهَا وَٱلِاسْتِثْنَاءُ إِذَا عُطِفَ بِـ(وَاوٍ) ، كَقَوْلِهِ : (عَلَىٰ أَوْلَادِي وَأَحْفَادِي وَإِخْوَتِي ٱلْمُحْتَاجِينَ) ، أَوْ (إِلاَّ أَنْ يَفْسُقَ بَعْضُهُمْ) . . . . .

(**ولو وقف علىٰ مواليه وله معتِق**) بكسر التاء (**ومعتَق**) بفتحها (. . **قسم بينهما**) لتناول الاسم لهما ، (**وقيل : يبطل**) لما فيه من الإجمال ؛ فإن المولىٰ يشملهما ، ولا يمكن حمل اللفظ على العموم ؛ لاختلاف معناهما .

وترجيح الأول من زيادته على « المحرر » فإنه قال : (رجح كلاً مرجحون) ، وصححه في « زيادة الروضة » ، ونقل ترجيحه في « المهمات » عن النصِّ وجمع من الأصحاب ، ولا ترجيح في « الشرح الكبير »[1] .

واحترز بقوله : (وله معتقِ ومُعتَق) : عما إذا لم يوجد إلا أحدهما . . فإنه يتعين قطعاً .

(**والصفة المتقدمة علىٰ جمل معطوفة تعتبر في الكلِّ ؛ كـ« وقفت علىٰ مُحتاجي أولادي وأحفادي**) وهم أولاد الأولاد ، (**وإخوتي** » ، **وكذا المتأخّرة عليها والاستثناء إذا عطف بـ« واو » كقوله : « علىٰ أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين » ، أو « إلا أن يفسق بعضهم** ») لما تقرر في الأصول من أن الأصل اشتراكُ المعطوف والمعطوف عليه في جميع المتعلقات ؛ كالصفة وغيرها ، وكذا الاستثناء بجامع عدم الاستقلال .

وما مثل به لا يطابق التصوير ؛ فإنه من عطف المفردات لا الجمل إلا أن يقدر لكلِّ واحد عامل ، وفيه بعد .

وقد مثل الإمام الاستثناء بقوله : (وقفت علىٰ بني فلان داري) ، و(حبست علىٰ أقاربي ضيعتي) ، و(سبلت علىٰ خدمي بيتي إلا أن يفسق منهم أحد) ، وهو مطابق ، وقيد الإمام ما ذكره بقيدين ـ وحمل إطلاق الأصحاب علىٰ ذلك وأقراه ـ **أحدهما** : أن يكون العطف بـ(الواو) كما أشار إليه المصنف بالتمثيل ، فإن كان بـ(ثم) . . اختصت

---

(١) المحرر (ص ٢٤٣) ، روضة الطالبين (٥/٣٣٨) ، المهمات (٦/٢٤٢) ، الشرح الكبير (٦/٢٨٠) .

فصل

[في أحكام الوقف المعنوية]

ٱلْأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلْمِلْكَ فِي رَقَبَةِ ٱلْمَوْقُوفِ يَنْتَقِلُ إِلَى ٱللهِ تَعَالَىٰ ؛ أَيْ : يَنْفَكُّ عَنِ ٱخْتِصَاصِ ٱلآدَمِيِّ ، فَلاَ يَكُونُ لِلْوَاقِفِ وَلاَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ . . . .

الصفة والاستثناء بالأخيرة ، وتبعه علىٰ هـٰذا القيد الآمدي في « الإحكام » ، وابن الحاجب ، وفي « فتاوى القفال » ما يوافقه ، لكن قال السبكي : **المختار** : أنه لا يتقيد بها ، **بل الضابط** : وجود عاطف جامع بالوضع كـ(الواو) و(الفاء) و(ثم) ، بخلاف (بل) و(لكن) وغيرهما .

الثاني : ألا يتخلل بين الجملتين كلام طويل ، فإن تخلل ؛ كـ : (وقفت علىٰ أولادي علىٰ أن من مات منهم وأعقب . . فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظِّ الأنثيين ، وإلا . . فنصيبه لمن في درجته ، فإذا انقرضوا . . صرف إلىٰ إخوتي إلا أن يفسق واحد منهم) . . فالاستثناء يختص بالإخوة ، ولم يذكر الأصحاب حكم الجمل بغير عطف[1] .

قال ابن الملقن : (وإطلاق الإمام فخر الدين يشمله ، **والظاهر** : خلافه ؛ لأن بترك العطف لا يكون بينهما ارتباط .

نعم ؛ ذكر البيانيون أن ترك العطف قد يكون لكمال الارتباط ، فإذا كان في مثل ذلك . . **فالظاهر** : مجيء الخلاف فيه)[2] انتهىٰ .

* * *

(**فصل : الأظهر : أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالىٰ ؛ أي : ينفك عن اختصاص الآدمي**) كالعتق (**فلا يكون للواقف ، ولا للموقوف عليه**) .

(أي) : في كلام المصنف تفسيرية ؛ أي : هـٰذا معنى الانتقال إلى الله تعالىٰ ، وإلا . . فجميع الموجودات له في كلِّ الأوقات ، **والثاني** : أنه يبقى الملك للواقف ؛

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٣٦٤ـ ٣٦٥) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٨٢) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤١) ، الإحكام في أصول الأحكام (٢/ ٥٠٣) .

(٢) عجالة المحتاج (٢/ ٩٧٣) .

وَمَنَافِعُهُ مِلْكٌ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَسْتَوْفِيهَا بِنَفْسِهِ وَبِغَيْرِهِ بِإِعَارَةٍ وَإِجَارَةٍ ، وَيَمْلِكُ ٱلْأُجْرَةَ وَفَوَائِدَهُ ؛ كَثَمَرَةٍ وَصُوفٍ وَلَبَنٍ ، وَكَذَا ٱلْوَلَدُ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَٱلثَّانِي : يَكُونُ وَقْفاً . . . .

لأنه حبس الأصل وسبل الثمرة ، وذلك لا يوجب زوال ملكه ، **والثالث** : ينتقل إلى الموقوف عليه ؛ كالصدقة .

والخلاف : فيما يقصد به تملك الريع أما لو جعل البقعة مسجداً ، أو مقبرة. . فينقطع عنها اختصاص الآدميين قطعاً ، وهو تحرير محض ، قاله الرافعي[١] .

(**ومنافعه ملك للموقوف عليه**) لأن ذلك مقصود الوقف (**يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة**) كسائر الأملاك ، وهـٰذا إذا لم يشرط منع الإجارة كما سبق .

ولو وقف داراً علىٰ أن يسكنها معلم الصبيان بالقرية مثلاً . . فليس له أن يسكنها غيرَه بأجرة ولا غيرها ، أفتىٰ به القفال ، وأقراه[٢] .

واستشكل : بأنه لم يزل الناس يتسامحون بإعارة بيت المدرس ونحوه .

وقضية كلام المصنف : أن الموقوف عليه يؤجر ، **والصحيح** : منعه ، وإنما يؤجر إذا كان النظر له ، أو أذن له الناظر .

(**ويملك الأجرة**) لأنها من المنافع (**وفوائدَه**) أي : ويملك فوائد الموقوف (**كثمرة وصوف**) وشعرٍ ووبر وريش (**ولبن**) وبيض ؛ لأن الوقف أنشيء لذلك ، ولا يملك أغصان الشجرة إلا فيما يعتاد قطعه ؛ كشجرة الخِلاف ، فأغصانها كثمرة غيرها .

(**وكذا الولد في الأصحِّ**) كالثمرة (**والثاني : يكون وقفاً**) تبعاً لأمه ؛ كولد الأضحية ، **وقيل** : الخلاف في ولد الفرس والحمار ، ويملك ولد النعم قطعاً ؛ لأن مطلوبها الدر والنسل .

وقيل : إنه يصرف إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف إلا أن يصرح بخلافه ، هـٰذا كلُّه فيما إذا أطلق ، أو شرط ذلك للموقوف عليه ، أما إذا وقف الدابة علىٰ ركوب إنسان ولم يشرط له الدَّر والنسل. . **فالأوجه في** « **الشرح** » و« **الروضة** » وفاقاً للبغوي : أنه

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٨٤) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٨٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٤) .

وَلَوْ مَاتَتِ ٱلْبَهِيمَةُ . . ٱخْتَصَّ بِجِلْدِهَا . وَلَهُ مَهْرُ ٱلْجَارِيَةِ إِذَا وُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، وَهُوَ ٱلأَصَحُّ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ قِيمَةَ ٱلْعَبْدِ ٱلْمَوْقُوفِ إِذَا أُتْلِفَ ، بَلْ يَشْتَرِي بِهَا عَبْداً لِيَكُونَ وَقْفاً مَكَانَهُ ، . . . .

للواقف ، قال الزركشي : لكن المنقول في « البحر » عن الأصحاب : أن حكمه حكمُ منقطع الآخر ، فيطرقه الخلاف[1] .

(ولو ماتت البهيمة) الموقوفة (. . **اختصَّ بجلدها**) لأنه أولىٰ من غيره ، وهـٰذا إذا لم يدبغه ، فإن دبغه . . فوجهان ، رجح في « التتمة » : أنه يعود وقفاً ، وأقراه[2] .

(**وله مهر الجارية إذا وُطئت بشبهة أو نكاح إن صححناه**) أي : نكاحها (**وهو الأصحُّ**) لأنه من جملة الفوائد ؛ كالثمرة .

ووجه صحة النكاح : أنه عقد على المنفعة ؛ فلا يمتنع بالوقف ؛ كالإجارة ، **ووجه مقابله** : نقص قيمتها ومنفعتها به ، وربما ماتت من الطلق فتفوت حقّ البطن الثاني ، **فعلى الأصحِّ** : يزوجها من جعلنا رقبتها له ؛ فإن جعلناها للموقوف عليه . . استقل به ، أو للواقف . . زوّجها بإذن الموقوف عليه ، وإن جعلناها لله تعالىٰ . . زوّجها القاضي بإذن الموقوف عليه .

وخرج بالشبهة والنكاح : ما لو زنىٰ بها مطاوعة . . فإنه لا مهر **على الصحيح** ، وإن أكرهت . . وجب لها المهر ، وهو للموقوف عليه .

(**والمذهب : أنه**) أي : الموقوف عليه (**لا يملك قيمةَ العبد الموقوف إذا أُتلف**) أو تلف تحت يد ضامنه لرقبته ، سواء أتلفه أجنبي أو الواقف أو الموقوف عليه عدواناً ، أما إذا أتلفه الموقوف عليه بلا تعد . . فلا ضمان ، (**بل يشتري بها عبداً ليكون وقفاً مكانه**)[3] مراعاة لغرض الواقف ؛ من استمرار الثواب ، وتعلق حقِّ البطن الثاني وما بعده به .

والطريق الثاني : التخريج علىٰ أقوال ملك الرقبة ؛ فإن قلنا : لله تعالىٰ . . فالحكم

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٨٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٣) ، التهذيب (٤/ ٥٢٥) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٨٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٤) .

(٣) في (ب) : (بل يُشترىٰ بها عبد) .

فَإِنْ تَعَذَّرَ . . فَبَعْضُ عَبْدٍ . وَلَوْ جَفَّتِ ٱلشَّجَرَةُ . . لَمْ يَنْقَطِعِ ٱلْوَقْفُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، بَلْ

علىٰ ما سبق ، وإن قلنا : للواقف ، أو للموقوف عليه . . **فالأصحُّ** : كذلك ، **والثاني** : يصرف ملكاً إلىٰ من حكمنا له بملك الرقبة ، فإنها بدل ملكه ، وينتهي الوقف .

وكلامه قد يفهم : أنه يكون وقفاً بمجرد الشراء ، **والأصحُّ في « الشرح الصغير »** و« **زيادة الروضة** » : أنه لا بدَّ من إنشاء وقف[1] ، لكن خالف في بدل المرهون ، فصحح من « زوائده » : أنه رهن في ذمة الجاني[2] .

ويمكن أن يفرق : بأن القيمة يصحُّ أن ترهن ، ولا يصحُّ أن توقف .

قال في « المطلب » : وذكر الماوردي والروياني تفصيلاً في بدل الأضحية يظهر مجيئه هنا ، وهو : أنه إن اشترىٰ بعين القيمة أو في الذمة ، ونوىٰ أنها أضحية . . لم يحتج إلىٰ إنشاء جعلها أضحية ، وإلا . . فلا بدَّ من جعلها أضحية . انتهىٰ .

وما ذكره الماوردي والروياني في بدل الأضحية جزما به في « الشرح » و« الروضة »[3] .

ولا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية ولا عكسه ، وفي شراء صغير بقيمة كبير وعكسه وجهان . **أقواهما عند المصنف** : المنع[4] .

وإذا اشتُري عبد وفضل شيء من القيمة . . **فالمختار عند المصنف** : أنه يشتري به شقص عبد[5] ، وقال البُلْقيني : **إنه الراجح** .

(**فإن تعذر . . فبعضُ عبد**) لأنه أقرب إلىٰ مقصوده ، كذا قطعوا به ، وحكوا في الأضحية خلافاً ، **والفرق** : أن بعض الحيوان لا يكون أضحية ، وبعضه يكون وقفاً .

(**ولو جفت الشجرة**) أو قلعها الريح (. . **لم ينقطع الوقف على المذهب** ، بل

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٠٠) .

(٣) الشرح الكبير (١٢/ ٩٢) ، روضة الطالبين (٣/ ٢١١) .

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٤) .

(٥) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٣) .

يُنْتَفَعُ بِهَا جِذْعاً ، وَقِيلَ : تُبَاعُ وَٱلثَّمَنُ كَقِيمَةِ ٱلْعَبْدِ . وَٱلأَصَحُّ : جَوَازُ بَيْعِ حُصُرِ ٱلْمَسْجِدِ إِذَا بَلِيَتْ ، وَجُذُوعِهِ إِذَا ٱنْكَسَرَتْ وَلَمْ تَصْلُحْ إِلاَّ لِلإِحْرَاقِ . . . .

ينتفع بها جِذعاً) بإجارة أو بغيرها ؛ إدامةً لعين الوقف ، قال ابن الرفعة : وإنما ينتفع بإجارتها جذعاً إن لم يكن في استيفاء منفعة استهلاكه ، فإن كان . . **فالأصحُّ** : أنها تكون للموقوف عليه . انتهىٰ ، وكلام « الروضة » يدل عليه ، **وفيه نظر**(١) .

وزمانة الدابة الموقوفة كجفاف الشجرة ، قال في « زيادة الروضة » : (هـٰذا إذا كانت مأكولة ؛ فإنه يصحُّ بيعها للحمها ، فإن كانت غير مأكولة . . لم يجىء الخلاف في بيعها ؛ لأنه لا يصحُّ بيعها إلا على الوجه الشاذِّ في صحة بيعها اعتماداً علىٰ جلدها)(٢) .

(**وقيل : تباع**) لتعذر الانتفاع ؛ كما شرطه الواقف (**والثمن كقيمة العبد**) المتلف علىٰ ما سبق ، قال الرافعي : (ويجوز أن يُشترىٰ به وَدِيّ يُغرس موضعها)(٣) .

(**والأصحُّ : جواز بيع حُصُر المسجد إذا بَليت ، وجذوعِه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق**) لئلا تضيع ويضيق المكان بها من غير فائدة ، فتحصيل نزر يسير من ثمنها يعود على الوقف . . أولىٰ من ضياعها ، ولا يدخل ذلك تحت بيع الوقف ؛ لأنها صارت في حكم المعدومة ، وعلىٰ هـٰذا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد ، قال الرافعي : **والقياس** : أن يشتري بثمن الحصير حصيراً لا غيرها(٤) ، **والثاني** : **لا تباع** ؛ لأنها عين الوقف ، بل تترك بحالها أبداً ؛ كما لو وقف أرضاً فخربت .

وترجيح الجواز تبعا فيه الإمام(٥) ، والجمهور على المنع ، منهم : الشيخ أبو علي السنجي والبغوي ، وصاحب « البيان » وغيرهم(٦) .

ومحل الخلاف : في الحُصُر والجذوع الموقوفة ، أما ما اشتراه الناظر أو وهب له

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٥٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٥٦) .
(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٦ـ٣٥٧) .
(٣) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٨) .
(٤) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٨) .
(٥) نهاية المطلب (٨/ ٣٩٥) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٩٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٥٧) .
(٦) التهذيب (٤/ ٥٢٤) ، البيان (٨/ ٩٩) .

فقبله الناظر . . فإنه يباع عند الحاجة قطعاً ؛ كما قاله الرافعي ؛ لأنه ملك ، قال في « الروضة » : هٰذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه ، فإن وقفه . . صار وقفاً قطعاً ، وتجري عليه أحكام الوقف[1] .

وقول المصنف : (إذا انكسرت) : يقتضي أنها إذا أشرفت على الانكسار . . لا تباع ، **وقضية كلام** « **الروضة** » و« **أصلها** » : الجواز ؛ فإنهما لمّا صححا بيع الجذع المنكسر . . قالا : إن الخلاف جار في المشرف على الانكسار[2] ، فلو ذكره المصنف . . لأخذ حكم المنكسر من طريق أولىٰ .

وأفهم تقييده بألا تصلح إلا للإحراق : أنه إذا صلحت لأنْ يُنتفع بها في الوقف أدنى انتفاع . . لا تباع قطعاً ، وهو كذلك .

(**ولو انهدم مسجد وتعذرت إعادتُه . . لم يبع بحال**) كالعبد إذا عتق ثم زمن ، وليس كجفاف الشجرة ؛ لتوقع العمارة ، والانتفاعُ في الحال بالصلاة والاعتكاف في عرصته ممكنٌ .

وكذا لو تعطل المسجد بتفرق الناس عن البلد ، أو خراب البلد . . فإنه لا يباع أيضاً بل يترك علىٰ حاله إن لم يُخَف من المفسدين أن ينقضوه ، فإن خيف . . نُقِض وحفظ ، وإن رأى الحاكم أن يعمر بِنِقْضه مسجداً . . جاز ، وما كان أقرب إليه . . فهو أولىٰ . كذا في « الروضة » و« أصلها »[3] .

وعلىٰ هٰذا : إذا كان للمسجد أوقاف . . قال المتولي : صرفت غَلّته إلىٰ أقرب المساجد إليه ، وقال الإمام : تُحفظ لتوقع عوده ، وقال الماوردي والروياني : تصرف للفقراء والمساكين ، وفي « فتاوى الحناطي » : نقل وجه : أنه يصرف إلى المصالح ، ووجه : أنه يرجع إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف[4] .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٠٠) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٥٨) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٥٧) .
(٣) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٨) ، الشرح الكبير (٦/ ٢٩٩) .
(٤) الحاوي الكبير (٩/ ٣٨١) .

فَصْلٌ

[في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر]

إِنْ شَرَطَ ٱلْوَاقِفُ ٱلنَّظَرَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ . . ٱتُّبِعَ ، وَإِلاَّ . . فَٱلنَّظَرُ لِلْقَاضِي عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَشَرْطُ ٱلنَّاظِرِ : ٱلْعَدَالَةُ وَٱلْكِفَايَةُ وَٱلِاهْتِدَاءُ إِلَى ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

وتقييد المصنف بالمسجد : قد يخرج الدار الموقوفة عليه ؛ فيجوز بيعها ، وهو قضية كلام الرافعي حيث أجرىٰ فيها خلاف الجذع المنكسر ، وتابعه « الحاوي الصغير »[1] ورده السبكي نقلاً ، ودليلاً[2] .

* * *

(**فصل : إن شرط الواقف النظر لنفسه أو لغيره . . اتبع**) لأنه المتقرب بصدقته ، فهو أحقُّ من يقوم بإمضائها وصرفها إلىٰ مصارفها ، ومن نصبه لذلك . . كان أحقَّ به من غيره ، قال الرافعي : وينبغي أن يجيء في قبول المتولي ما في قبول الوكيل والموقوف عليه[3] .

(**وإلا**) أي : وإن لم يشرطه لأحد (. . **فالنظر للقاضي على المذهب**) لأنه يتعلق به حقُّ الموقوف عليه ومن بعده ، وصاحب النظر العام أولىٰ بالنظر فيه ، **وقيل** : للواقف ؛ لأن النظر والتصرف كان إليه ، فإذا لم يصرفه عن نفسه . . بقي علىٰ ما كان ، **وقيل** : للموقوف عليه ؛ لأن النفع والفائدة له .

قال الرافعي : **والذي يقتضي كلام المعظم الفتوىٰ به** : أن يقال : إن كان الوقف علىٰ جهة عامة . . فالتولية للحاكم ، وإن كان علىٰ شخص معين . . فكذلك إن جعلنا الملك لله تعالىٰ ، وإن جعلناه للواقف أو للموقوف عليه[4] . . فالتولية كذلك .

(**وشرط الناظر**) واقفاً كان أو غيره (**العدالة والكفاية والاهتداء إلى التصرف**) كما في الوصي والقيم ؛ لأنها ولاية على الغير ، ولو فسق الناظر ثم صار عدلاً . . عادت

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٨) ، الحاوي الصغير (ص ٣٩٩) .

(٢) هنا في النسخ زيادة بمقدار ثلاثة أسطر ، وهي مشطوبة في (أ) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٢٩١) .

(٤) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٠) .

وَوَظِيفَتُهُ : ٱلْعِمَارَةُ وَٱلإِجَارَةُ وَتَحْصِيلُ ٱلْغَلَّةِ وَقِسْمَتُهَا ، فَإِنْ فَوَّضَ إِلَيْهِ بَعْضَ هَـٰذِهِ ٱلأُمُورِ . . لَمْ يَتَعَدَّهُ . وَلِلْوَاقِفِ عَزْلُ مَنْ وَلاَّهُ وَنَصْبُ غَيْرِهِ ، إِلاَّ أَنْ يَشْرِطَ نَظَرَهُ حَالَ ٱلْوَقْفِ . . . .

ولايته إن كانت بشرط الواقف ، وإلا . . فلا ، قاله المصنف في « فتاويه »[1] .

ولا حاجة لقوله : (والاهتداء) فإن الكفاية تغني عنه ؛ لأن من لا يهتدي إلى التصرف لا يوصف بالكفاية ، ولهـٰذا لم يذكراه في « الشرحين » و« الروضة »[2] .

(**ووظيفته**) عند الإطلاق (**العمارة والإجارة وتحصيل الغَلَّة وقسمتها**) علىٰ وجهه ؛ لأنه المعهود في مثله ، وزادا في « الشرح » و« الروضة » حفظَ الأصول والغلات على الاحتياط[3] .

وله التولية والعزل ؛ كما اعتمده الشيخ تقي الدين السبكي والأَذْرَعي .

وأفتى الشيخ عز الدين : بأن المُدرِّس هو الذي يُنزِّل الفقهاء ، ويُقدِّر جامِكيَّاتهم .

(**فإن فوض إليه بعض هـٰذه الأمور . . لم يتعده**) اتباعاً لشرطه ، وإذا ادعىٰ متولي الوقف صرفه إلىٰ مستحقه وهو معين . . فالقول : قول المستحق ، وله المطالبة بالحساب ، فإن كان غير معين . . فهل للإمام مطالبته بالحساب ؟ فيه وجهان ، حكاهما القاضي شريح في « أدب القضاء » .

(**وللواقف عزل من ولاه ونصب غيره**) كما يعزل الوكيل (**إلا أن يشرِط نظره حال الوقف**) فإنه ليس له عزله ؛ لأنه مغير شرطه ؛ كما ليس لغيره ذلك .

وصور البغوي المسألة بأن يقول : (وقفت وشرطت التفويض له) ، ونقل الرافعي عنه أن يقول : (وقفت بشرط أن تكون التولية لفلان)[4] .

واعترض : بأنه ليس بمطابق لما قاله البغوي ، وأيضاً : هـٰذه الصيغة ينبغي أن تكون مبطلة لأصل الوقف من أجل التعليق ؛ فإنه قد يقبل التولية ، وقد لا يقبلها .

---

(١) فتاوى الإمام النووي (ص ١٥٩) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٠) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٧) .
(٣) الشرح الكبير (٦/ ٢٩٠) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٤٨) .
(٤) الشرح الكبير (٦/ ٢٩١) .

وَإِذَا أَجَّرَ ٱلنَّاظِرُ فَزَادَتِ ٱلأُجْرَةُ فِي ٱلْمُدَّةِ أَوْ ظَهَرَ طَالِبٌ بِٱلزِّيَادَةِ. . لَمْ يَنْفَسِخِ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلأَصَحِّ .

وقد استشكل تصوير مسألة « الكتاب » لأنه إن كان فيما إذا كان النظر للواقف ونصب غيره نائباً عنه . . فجواز عزله له واضح ؛ لأنه سفير محض ، وإن كان مع السكوت عنه . . فلا ولاية للواقف في هـٰذه الحالة ، بل هي للقاضي .

(**وإذا أجر الناظر**) علىٰ غيره (**فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة . . لم ينفسخ العقد في الأصحِّ**) لأن العقد جرىٰ بالغبطة في وقته ، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيم بالأسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة ، **والثاني** : تنفسخ ؛ لتبيُّن وقوعه علىٰ خلاف الغبطة في المستقبل ، **والثالث** : إن كانت الإجارة سنة فأقلَّ . . لم يتأثر العقد ، وإن كانت أكثر . . فالزيادة مردودة ؛ يعني : أنه ينفسخ في الزيادة على السنة .

وقيد الإمام محلَّ الخلاف : بما إذا تغيرت الأجرة بكثرة الطالبين ، أما إذا وجدنا زبوناً يزيد علىٰ أجرة المثل . . فلا أثر له قطعاً[1] .

واحترز بـ(الناظر) : عما إذا أجر الموقوف عليه بحقِّ الملك وجوزناه ؛ فإن العقد لا يتأثر بالزيادة قطعاً ، كما لو أجر الطِّلق ، قال الإمام : ولو كان أجَّره بدون أجرة المثل ؛ لأن له إعارته[2] .

* * *

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٠٥) .

(٢) نهاية المطلب (٨/ ٤٠٤) .

كتاب الهبة

ٱلتَّمْلِيكُ بِلاَ عِوَضٍ هِبَةٌ ، فَإِنْ مَلَّكَ مُحْتَاجاً لِثَوَابِ ٱلآخِرَةِ . . فَصَدَقَةٌ ، فَإِنْ نَقَلَهُ إِلَىٰ مَكَانِ ٱلْمَوْهُوبِ لَهُ إِكْرَاماً . . فَهَدِيَّةٌ . وَشَرْطُ ٱلْهِبَةِ : إِيجَابٌ وَقَبُولٌ لَفْظاً ، . . . .

(كتاب الهبة)

أصلها : من هبوب الريح ؛ أي : مروره ، واستأنسوا لها ، بقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَا ﴾ **قيل** : **المراد منها** : الهبة ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ﴾ **قيل** : **المراد بها** : الهبة والصدقة ، وفي « البيهقي » بإسناد ضعيف : « تَهَادُوا تَحَابُّوا » ، ورواه البخاري في كتاب « الأدب »[١] .

(**التمليك بلا عوض هبة ، فإن ملّك محتاجاً لثواب الآخرة . . فصدقةٌ ، فإن نقله**) بنفسه أو بغيره (**إلىٰ مكان الموهوب له إكراماً . . فهدية**) فتمتاز الصدقة عن الهبة بقصد ثواب الآخرة ، وتمتاز الهدية عن الهبة بالنقل ، فكلُّ صدقة وهدية هبةٌ ، ولا ينعكس .

ولا حاجة لقوله : (محتاجاً) ؛ فإن الصدقة على الغني جائزة ، ويثاب عليها إذا قصد القربة .

وقوله : (إكراماً) قال السبكي : **الظاهر** : أنه ليس شرطاً ، بل الشرط : النقل ؛ ولهـٰذا لا يدخل العقار في الهدية ، قال الزركشي : وقد يقال : إنه احترز عن الرشوة .

والصدقة أفضل هـٰذه الأنواع .

(**وشرط الهبة : إيجاب وقبول لفظاً**) لأنه تمليك في الحياة ؛ كالبيع .

وفي انعقادها بالمعاطاة الخلاف في البيع ، واختار في « شرح المهذب » صحتَها بها ، وفي انعقادها بالكناية مع النية الخلاف في البيع ، قاله في « الذخائر » و« المطلب » ، وفي كلام الرافعي إشارة إليه[٢] .

ويستثنىٰ من اشتراط القبول : صور ؛ **منها** : الهبة الضمنية ؛ كـ(أعتق عبدك عني) فأعتقه . . فإنه يدخل في ملكه هبة ، ويعتق عليه ، **ومنها** : لو اشترىٰ حليّاً لولده الصغير

---

(١) سنن البيهقي (٦/ ١٦٩) ، الأدب المفرد (٥٩٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) المجموع (١٦/ ٢٧٣) ، الشرح الكبير (٦/ ٣٠٨) .

وَلاَ يُشْتَرَطَانِ فِي ٱلْهَدِيَّةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، بَلْ يَكْفِي ٱلْبَعْثُ مِنْ هَـٰذَا وَٱلْقَبْضُ مِنْ ذَاكَ . . .

وزينه به . . فإنه يكون تمليكاً له ، بخلاف ما لو اشتراه لزوجته . . فإنه لا يصير ملكاً لها ، قاله القفال .

والفرق : أن له ولايةً على الصغير ، بخلاف الزوجة ، كذا استثناها ابن الملقن في « العجالة » ، وفي كلام الشيخين ما قد يخالفه حيث قالا : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول ، وكانت من الأب أو الجد . . تولّى الطرفين ، وهل يحتاج إلىٰ لفظي الإيجاب والقبول أم يكفي أحدهما ؟ وجهان : كما سبق في البيع . انتهىٰ[1] .

فاقتضىٰ كلامهما : أنه إذا لم يأت بواحد من الإيجاب والقبول . . لا يكفي قطعاً .

ومنها : ما لو قال : (اشتر لي بدراهمك خبزاً) فاشتراه وصححناه للسائل . . فإن الدراهم تكون هبة لا قرضاً علىٰ أحد الوجهين ، قاله ابن الرفعة .

وفي تسميته الإيجاب والقبول شرطاً . . تسامح ؛ فإنهما ركنان ، وقد مرّ الاعتذار عنه في البيع .

(**ولا يُشترطان في الهدية على الصحيح ، بل يكفي البعث من هـٰذا**) ويكون كالإيجاب ، (**والقبض من ذاك**) ويكون كالقبول ، سواء المأكول وغيره ؛ لأنه عادة السلف ، وقد أهدت الملوك إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم الكسوة والدواب والجواري ، ولم ينقل إيجاب ولا قبول ، **والثاني** : يشترطان ؛ كالبيع والوصية ، والصدقةُ في ذلك كالهدية ، ويحصل ملك الهدية بوضع المُهَدىٰ بين يديه إذا أعلمه به .

ولو أهدىٰ إلىٰ صبي ووضع بين يديه ، أو أخذه الصبي . . لم يملكه ، قاله البغوي في « فتاويه » .

ويؤخذ من قول المصنف : (البعث من هـٰذا والقبض من ذاك) : أنه لو اشترى الحاج شيئاً في سفره بأسامي أصدقائه ومات . . أنه لا يستحقه من اشترىٰ باسمه ، وبه صرح القاضي أبو الطيب فقال : إن ورثته بالخيار فيما اشتراه وسماه لأصدقائه .

وأهمل المصنف الكلام على العاقدين ؛ **فيشترط في الواهب** : أهلية التبرع ، وأما

---

(١) عجالة المحتاج (٢/ ٩٨٣) ، الشرح الكبير (٦/ ٣٠٩) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٧) .

وَلَوْ قَالَ : (أَعْمَرْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلدَّارَ فَإِذَا مُتَّ فَهِيَ لِوَرَثَتِكَ) . . فَهِيَ هِبَةٌ ، وَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ : (أَعْمَرْتُكَ) . . فَكَذَا فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَلَوْ قَالَ : (إِنْ مُتَّ عَادَتْ إِلَيَّ) . . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الموهوب له : فقال الماوردي : هو من صحَّ أن يُحكم له بالملك ؛ من مكلف وغيره[1] .

(ولو قال : « أعمرتك هـٰذه الدار ، فإذا متَّ فهي لورثتك » . . فهي هبة) حكماً ، لكنَّه طوَّل العبارة ، فيعتبر الإيجاب والقبول ، وتلزم بالقبض ، فإذا مات . . فالدار لورثته ، فإن لم يكونوا . . فلبيت المال ، ولا يعود إلى الواهب بحال ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَىٰ . . فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لاَ تَرْجِعُ إِلَى ٱلَّذِي أَعْطَاهَا ؛ لأَنَّهُ أَعْطَىٰ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ ٱلْمَوَارِيثُ » رواه مسلم[2] .

وتمثيله بـ(الدار) : تبع فيه الشافعي وأكثر الأصحاب ، ولا فرق بينها وبين غيرها ؛ كما هو ظاهر الحديث .

(ولو اقتصر علىٰ : « أعمرتك ») ولم يتعرض لما بعد موته (. . فكذا في الجديد) أي : يصحُّ ، وله حكم الهبة ؛ لحديث : «ٱلْعُمْرَىٰ مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا» متفق عليه[3] .

وليس في جعلها له مدةَ حياته ما ينافي انتقالها إلىٰ ورثته ؛ فإن الأملاك كلَّها مقدرة بحياة المالك ، وفي قول قديم : إنها تبطل ؛ لقول جابر رضي الله عنه : إنما العمرى التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول : (« هي لك ولعقبك » ، فأمّا إذا قال : « هي لك ما عشت » . . فإنّها ترجع إلىٰ صاحبها) رواه مسلم[4] .

ولأنه تمليك مؤقت فيبطل ؛ كالبيع .

(ولو قال : « إن متَّ . . عادت إلي »)[5] أو إلىٰ ورثتي (. . فكذا في الأصحِّ)

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٤٠٠) .

(٢) صحيح مسلم (١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٣) صحيح البخاري (٢٦٢٥) صحيح مسلم (١٦٢٥/ ٣١) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، واللفظ لمسلم .

(٤) صحيح مسلم (١٦٢٥/ ٢٣) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٥) في (ب) و(د) : (إذا مت . . عادت إلي) .

وَلَوْ قَالَ : (أَرْقَبْتُكَ) أَوْ (جَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَىٰ)؛ أَيْ : إِنْ مُتَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ ، وَإِنْ مُتُّ قَبْلَكَ ٱسْتَقَرَّتْ لَكَ . . فَٱلْمَذْهَبُ : طَرْدُ ٱلْقَوْلَيْنِ ٱلْجَدِيدِ وَٱلْقَدِيمِ . . . .

أي : فيصحُّ الإعمار ، ويلغو الشرط ؛ لإطلاق الأحاديث الصحيحة ، قال الرافعي : وكأنهم عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة[1] . انتهىٰ .

ولعل المعنىٰ في ذلك ـ كما قاله في « البحر » ـ : أن الشرط المذكور ليس على المعطي بل علىٰ ورثته ، ولا حقَّ لهم الآن ، وإذا لم يكن الشرط مع المعقود معه . . لم يؤثر في العقد .

والثاني : يبطل ؛ لشرطه ما ينافي مقتضى الملك ، فإن من ملك شيئاً . . صار بعده لورثته ، **والثالث** : يصحُّ ولا يلغو الشرط ، حكاه في « التنبيه »[2] .

وقد يفهم كلامه : أنه لو قال : (جعلتها لك عمري) ، أو (عمر زيد) . . أنه يبطل ، **وهو الأصحُّ** ؛ لخروجه عن اللفظ المعتاد .

(**ولو قال : « أرقبتك » ، أو « جعلتها لك رقبىٰ » ؛ أي : إن متَّ قبلي . . عادت إلي ، وإن متُّ قبلك . . استقرت لك . . فالمذهب : طرد القولين الجديد والقديم**) فعلى الجديد : يصحُّ ، ويلغو الشرط ؛ لحديث : « لاَ تُعْمِرُوا ، وَلاَ تُرْقِبُوا ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئاً ، أَوْ أُعْمِرَهُ . . فَهُوَ لِوَارِثِهِ » رواه أبو داوود والنسائي[3] .

والقديم : البطلان ، **والطريق الثاني** : القطع بالبطلان ؛ لأن فيها تأقيتاً واشتراطاً ليس في العمرىٰ .

وقوله : (أي : إن مت قبلي) : تفسير لمدلول قوله : (**أرقبتك** ، أو جعلتها لك رقبىٰ) ، **ومقتضاه** : أنه لم يصرح بالشرط المذكور ، وقطع الماوردي فيما إذا صرح به بالبطلان ؛ لمنافاته حكم الملك ، لكن صرح الشيخان تبعاً للجمهور بتعميم الخلاف ؛ لأنه تصريح بالمعنىٰ[4] .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣١٣) .

(٢) التنبيه (ص ٩٣) .

(٣) سنن أبي داوود (٣٥٥٦) ، سنن النسائي (٦٥٢٧) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

(٤) الحاوي الكبير (٩/ ٤١١) ، الشرح الكبر (٦/ ٣١٣) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٧١) .

وَمَا جَازَ بَيْعُهُ . . جَازَ هِبَتُهُ ، وَمَا لاَ كَمَجْهُولٍ وَمَغْصُوبٍ وَضَالٍّ . . فَلاَ ، . . . .

و(**العمرىٰ**) و(**الرقبىٰ**) : كانا عقدين في الجاهلية ، فـ(**العمرىٰ**) : من العمر ، و(**الرقبىٰ**) : من المراقبة ؛ لأن كلَّ واحد منهما يرقب موت صاحبه .

(**وما جاز بيعه . . جاز هبته**) من باب أولىٰ ؛ لأن باب الهبة أوسع ؛ كما سيأتي .

وحذف التاء من (**جاز هبته**) لمشاكلة (**جاز بيعه**)، ولأن تأنيث الهبة غير حقيقي .

ويستثنىٰ من إطلاقه صور ؛ منها : المنافع ؛ فإنها تباع بالإجارة ، وتمتنع هبتُها إذا قلنا : إنها عارية ، **ومنها** : بيع الأوصاف سلماً في الذمة جائز ، ولا يجوز هبته ؛ كـ(وهبتك ألف درهم في ذمتي) ، ثم يعينه في المجلس ويقبضه ، صرح به القاضي الحسين والإمام وغيرهما[1] ، فلو زاد من الأعيان . . لخرجتا .

(**وما لا**) يجوز بيعه (**كمجهول ومغصوب وضالٍّ**) وآبق (. . **فلا**) يجوز هبته ؛ بجامع أنها تمليك في الحياة .

ويستثنىٰ من المجهول صور؛ منها: إذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكلٍّ منهم من الإرث؛ كما لو خلف ولدين أحدهما خنثىٰ ، وقد ذكر الرافعي في (الفرائض) : أنه لو اصطلح الذين وُقِفَ المال بينهم علىٰ تساو أو تفاوت . . جاز ، قال الإمام : ولا بدَّ أن يجري بينهما تواهب ، وهـٰذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، ولكنها تحتمل للضرورة[2] .

ومنها : إذا اختلط حمام البرجين فوهب أحدهما نصيبه للآخر . . فإنه يصحُّ **على الأصحِّ** وإن كان مجهول القدر والصفة ؛ للضرورة ، وهـٰكذا إذا اختلطت حنطته بحنطة غيره ، أو مائعه بمائع غيره ، أو ثمرته بثمرة غيره .

ومنها : ما لو قال : (أنت في حلٍّ مما تأخذ من مالي) أو (تعطي) أو (تأكل) . . فإنه يجوز له الأكل دون الأخذ والإعطاء ؛ لأن الأكل إباحة ، وهي تصحُّ مجهولة ، بخلافهما ، قاله العبادي قال : ولو قال رجل : (ادخل كرمي وخذ من العنب ما شئت) ، أو (خذ من ثمري ما شئت) . . لا يزيد علىٰ عنقود واحد ؛ لأنه أقلُّ ما يقع عليه الاسم ، **واستشكل** .

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤١٣) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٥٣٤) ، نهاية المطلب (٩/ ٣٢٤) .

وقال القفال في « فتاويه » : لو قال : (ادخل بستاني وأبحت لك أن تأخذ من ثماره ما شئت) . . كان إباحة .

(**إلا حبتي حنطة ونحوها**) من المحقرات ؛ فإنه يجوز هبتها قطعاً ، ولا يجوز بيعها **على الصحيح** ؛ لأن بذل المال في مقابلته سَفَهٌ ، وهـٰذا التعليل مفقود في الهبة ، والمانع ليس في دابة ؛ كالكلب ؛ لأنه يباع مع غيره ، وإنما المانع الانفراد ، فاغتفر في الهبة ؛ إذ لا محذور .

وهـٰذا الاستثناء مما زاده على « المحرر » ولم يذكرا في « الشرحين » و« الروضة » ذلك ، بل جزم الرافعي بعكسه في (باب اللقطة) فقال : ما لا يتمول[1] ؛ كحبة حنطة وزبيبة . . لا تُعَرَّفُ على الظاهر ؛ كما لا يجوز بيعه وهبته ، وأسقطه من « الروضة » ؛ لوقوعه في ضمن بحث[2] .

وقال الإمام فيما لا يتمول لقلته : يظهر عندي تصحيح الهبة فيه علىٰ معنىٰ إحلال الموهوب له محلَّ الواهب في الاختصاص ، لكن لا أقطع به ؛ لأن لنا تردداً في هبة الكلب ، والمنع هنا أقوىٰ ؛ لأن في الكلب إمكان الانتفاع ، ولا يقع فيما لا يتمول . . . إلىٰ أن قال : **والأظهر** : إبطال الهبة[3] .

واختار السبكي ما قاله المصنف ؛ فإنه تجوز الصدقة بتمرة ، وهي نوع من الهبة .

وأورد علىٰ حصره صور ؛ منها : جلد الأضحية ولحمها ؛ لا يجوز بيعه وتجوز هبته ، **ومنها** : جلد الميتة قبل الدباغ علىٰ ما قاله في « الروضة » في (باب الآنية) ، لكن صحح هنا المنع ، وجمع بين كلامي « الروضة » بحمل المذكور هنا على الملك الحقيقي ، والذي في (باب الآنية) بمعنىٰ : نقل اليد ؛ كما صرحوا به في الكلب[4] .

ومنها : الدهن النجس ؛ فإن في « زيادة الروضة » في (البيع) : أنه ينبغي القطع

(١) في النسخ : (ما يتمول) ، والتصويب من «الشرح الكبير» (٦/ ٣٦٤) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٦٤) .
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٤٨٥) .
(٤) روضة الطالبين (١/ ٤٣ ، ٥/ ٣٧٤) .

وَهِبَةُ ٱلدَّيْنِ لِلْمَدِينِ إِبْرَاءٌ ، وَلِغَيْرِهِ بَاطِلَةٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يُمْلَكُ مَوْهُوبٌ إِلاَّ بِقَبْضٍ بِإِذْنِ ٱلْوَاهِبِ ، . . . .

بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه[1] ، وهي نوع من الهبة ، وقد جزم المتولي : بأنه يجوز نقل اليد فيه بالوصية ونحوها ، وحينئذ ؛ إن أريد بهبة الدهن النجس التمليك . . فينبغي ألاّ يصحَّ ، وإن أريد نقل اليد . . فيصحُّ ، **ومنها** : هبة الكلب : تصحُّ وإن امتنع بيعه ، نص عليه في « الأم »[2] ، **ومنها** : هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرىٰ . . فإنها تصح ، ولا يجوز بيع ذلك .

(**وهبة الدين للمدين إبراء**) لا يحتاج إلىٰ قبول **على المذهب** ؛ اعتباراً بالمعنىٰ ، **وقيل** : يحتاج ؛ اعتباراً باللفظ .

(**ولغيره باطلة في الأصحِّ**) لأنه غيرُ مقدور علىٰ تسليمه ؛ فإن ما يقبض من الديون عين لا دين ، وصحح في أصل « الروضة » القطع به[3] ، **والثاني** : يصحُّ ، ونُقل عن النصِّ ؛ لأن الذمم تجري مجرى الأعيان بدليل صحة البيع والشراء فيها .

(**ولا يُملك موهوب إلا بقبض**) لأنه روي عن جمع من الصحابة ، ونقله الشيخ موفق الدين في « المغني » عن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم ولا مخالف لهم[4] ، وكالقرض ؛ إذ كلُّ عقد إرفاق يفتقر إلى القبول ، **وفي قول قديم** : يملك بالعقد ، وكلام المصنف في (باب الاستبراء) يوهم ترجيحه[5] ، **وفي قول ثالث** : إنه موقوف ، فإن قبض . . تبينّا أنه ملك بالعقد .

(**بإذن الواهب**) فلو قبض من غير إذنه . . لم يجز ، ولم يملكه قياساً على الرهن ، ويضمنه ، ولو أذن ورجع عن الإذن ، أو مات أحدهما قبل القبض . . بطل الإذن ، وكيفية القبض في المنقول والعقار كما مرّ في البيع .

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٣٥١) .
(٢) الأم (٥/ ١٩٣) .
(٣) روضة الطالبين (٥/ ٣٧٤) .
(٤) المغني (٨/ ٢٤١) .
(٥) منهاج الطالبين (ص ٤٥٣) .

فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَيْنَ ٱلْهِبَةِ وَٱلْقَبْضِ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، وَقِيلَ : يَنْفَسِخُ ٱلْعَقْدُ . وَيُسَنُّ لِلْوَالِدِ ٱلْعَدْلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ ؛ بِأَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَ ٱلذَّكَرِ وَٱلْأُنْثَىٰ ، وَقِيلَ : كَقِسْمَةِ ٱلْإِرْثِ . وَلِلْأَبِ ٱلرُّجُوعُ فِي هِبَةِ وَلَدِهِ ، . . . .

(**فلو مات أحدهما**) أي : الواهب أو الموهوب له (**بين الهبة والقبض . . قام وارثه مقامه**) في القبض والإقباض ، ولا ينفسخ العقد ؛ لأنه مما يؤول إلى اللزوم ، فلم ينفسخ بالموت ؛ كالبيع في زمن الخيار ، (**وقيل : ينفسخ العقد**) لجوازه ؛ كالشركة والوكالة .

والفرق : ما مرّ من مآلها إلى اللزوم ، بخلافهما ، ويجري الخلاف في الجنون والإغماء .

(**ويسن للوالد العدلُ في عطيّةِ أولاده**) وكذا لغيره من سائر الأصول ؛ لئلا يفضي بهم الأمر إلى العقوق أو التحاسد ، **وكلامه يقتضي** : أن تركه خلاف الأولىٰ ، وجزم الرافعي بالكراهة ، وقال ابن حبان : إن تركه حرام[1] ، هـٰذا إذا استووا في الحاجة أو عدمها ، فإن تفاوتوا . . قال في « المطلب » : فليس فيه المحذور السالف .

وكذا يستحب للولد إذا وهب لوالديه ، قال الدارمي : فإن فضَّل . . فضّل الأم .

وأفهم كلام الأئمة : أن الإخوة ونحوهم لا يجري فيهم هـٰذا الحكم ، قال في « المطلب » : ويحتمل طرده فيهم ؛ لما فيه من الإيحاش .

وقد يفرق : بأن المحذور في الأولاد عدم البر ، وهو واجب ، قال : ولا شك أن التسوية بينهم مطلوبة ، لكن دون طلبها في الأولاد .

(**بأن يسوِّيَ بين الذكر والأنثىٰ**) لأنه إذا فاضل . . أدىٰ إلى الوحشة والعقوق ، (**وقيل : كقسمة الإرث**) فيضعف حظ الذكر ؛ كالميراث .

وفرّق الأول : بأن الوارث راض بما فرض الله تعالىٰ له ، بخلاف هـٰذا .

(**وللأب الرجوع في هبة ولده**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً ، أَوْ يَهَبَ هِبَةً ، فَيَرْجِعَ فِيهَا ، إِلَّا ٱلْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ » صححه الترمذي وغيره[2] .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٢١) ، صحيح ابن حبان (١١/ ٥٠١ـ ٥٠٢) .

(٢) الترمذي (١٢٩٩) ، وأخرجه ابن حبان (٥١٢٣) ، والحاكم (٢/ ٤٦) ، وأبو داوود (٣٥٣٩) ، والنسائي (٦/ ٢٦٥) ، وابن ماجه (٢٣٧٧) عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم .

وَكَذَا لِسَائِرِ ٱلأُصُولِ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ ، وَشَرْطُ رُجُوعِهِ : بَقَاءُ ٱلْمَوْهُوبِ فِي سَلْطَنَةِ ٱلْمُتَّهِبِ ؛ فَيَمْتَنِعُ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ ، لاَ بِرَهْنِهِ وَهِبَتِهِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ وَتَعْلِيقِ عِتْقِهِ وَتَزْوِيجِهَا وَزِرَاعَتِهَا ، وَكَذَا ٱلإِجَارَةُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

نعم ؛ يكره الرجوع إذا كان الولد عفيفاً باراً .

ومحل الرجوع : إذا وهب مجّاناً ، فإن شرط الثواب وأثابه الولد . . فلا رجوع **في الأصحِّ** ، وهـٰذا في غير الثواب المعلوم المقدار ؛ فإن ذلك بيع **على المذهب** .

(**وكذا لسائر الأصول**) كالأم والأجداد والجدات من الجهتين وإن علوا (**على المشهور**) كما في حصول العتق ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص ، **والثاني** : المنع ؛ لأن الخبر خاصٌّ بالأب .

واحترز بـ(الأصول) : عن الفروع ، والحواشي والأجانب ؛ فإنه لا رجوع لهم .

وقوله : (في هبة ولده) : قد يخرج الهدية وهي كالهبة ، وكذا الصدقة **على الأظهر في « الشرح » و« الروضة »**[1] هنا ، لكن جزم الرافعي في « الشرح الكبير » في (باب العارية) بمقابله[2] ، وصححه في « الشرح الصغير » في البابين ؛ لأن القصد من الصدقة ثوابُ الآخرة ، وهو موعود به ، قال الأَذْرَعي : **والمذهب** : الأول ؛ **فإنه المنصوص عليه في « حرملة »** .

(**وشرط رجوعه : بقاء الموهوب في سلطنة المُتَّهِب ؛ فيمتنع ببيعه ووقفه**) لحقِّ الغير ، وكذا لو أعتقه أو كاتبه أو استولد الأمة ، ولا بدَّ مع بقاء السلطنة ألاّ يتعلق به ما يمنع البيع ؛ فإنه لو جنى الموهوب وتعلق الأرش برقبته ، أو أفلس المتهب وحجر عليه القاضي . . امتنع الرجوع مع بقاء الملك .

(**لا برهنه وهبته قبل القبض**) لبقاء السلطنة ، بخلاف ما بعد القبض .

(**وتعليقِ عتقه ، وتزويجها ، وزراعتها**) لما ذكرناه من بقاء السلطنة ، (**وكذا الإجارةُ على المذهب**) لأن العين باقية بحالها ، ومورد الإجارة المنفعة ، وهـٰذا ما أجاب به الأكثرون ، وحكي عن النص ، **ومقابله** : قول الإمام : إنا إن صححنا بيع

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٢٤) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٨٠) .
(٢) الشرح الكبير (٥/ ٣٨٠) .

وَلَوْ زَالَ مِلْكُهُ وَعَادَ . . لَمْ يَرْجِعْ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ زَادَ . . رَجَعَ فِيهِ بِزِيَادَتِهِ ٱلْمُتَّصِلَةِ لاَ ٱلْمُنْفَصِلَةِ . وَيَحْصُلُ ٱلرُّجُوعُ بِـ(رَجَعْتُ فِيمَا وَهَبْتُ) ، أَوِ (ٱسْتَرْجَعْتُهُ) ، أَوْ (رَدَدْتُهُ إِلَىٰ مِلْكِي) ، أَوْ (نَقَضْتُ ٱلْهِبَةَ) ، لاَ بِبَيْعِهِ وَوَقْفِهِ وَهِبَتِهِ وَإِعْتَاقِهِ وَوَطْئِهَا فِي ٱلأَصَحِّ .

المأجور . . رجع ، وإلا . . فإن جوزنا الرجوع في المرهون . . فكذلك ، وإلا . . ففي المأجور تردد[1] .

(**ولو زال ملكه وعاد . . لم يرجع في الأصحِّ**) لأن الملك غيرُ مستفاد من الأب حتىٰ يرجع فيه ؛ كما لو وهب له دراهم فاشترىٰ بها سلعة ، **والثاني** : يرجع ؛ لوجود العين في يده علىٰ صفتها .

وأصل الخلاف : أن الزائل العائد كالذي لم يعد ، أو كالذي لم يزل .

ويستثنىٰ من إطلاقه : ما لو ارتد الموهوب له وقلنا : بزوال الملك بالردة ، ثم عاد إلى الإسلام . . **فالأصحُّ** : الرجوع .

وما لو وهب له عصيراً فتخمر ، ثم تخلل . . فله الرجوع **على المذهب** ؛ لأن الملك الثابت في الخلِّ سببه ملك العصير .

(**ولو زاد . . رجع فيه بزيادته المتصلة**) لأنها تتبع الأصل (**لا المنفصلة**) كالكسب ؛ لحدوثها علىٰ ملك المتهب .

(**ويحصل الرجوع بـ« رجعت فيما وهبت »** ، **أو** « **استرجعته** » ، **أو** « **رددته إلىٰ ملكي** » ، **أو** « **نقضت الهبة** ») وما أشبهه ؛ كـ(أبطلتها) و(فسختها) لأن ذلك كلَّه يفيد المقصود ، **وقيل** : إن (أبطلتها) و(فسختها) كنايتان ، وذكر البَنْدَنيجي تبعاً للشيخ أبي حامد : أن كلَّ ما كان رجوعاً في الفلس . . كان رجوعاً في الهبة ، وما لا . . فلا .

(**لا ببيعه ، ووقفه وهبته وإعتاقه ووطئها في الأصحِّ**) لكمال ملك الابن ، ونفوذ تصرفه ، فلا يزول إلا بصريح الرجوع ، **والثاني** : أنه رجوع ، وينفذ التصرف ؛ كما أن هـٰذه التصرفات فسخ للبيع في زمن الخيار .

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٣٠) .

وَلاَ رُجُوعَ لِغَيْرِ ٱلأُصُولِ فِي هِبَةٍ مُقَيَّدَةٍ بِنَفْيِ ٱلثَّوَابِ . وَمَتَىٰ وَهَبَ مُطْلَقاً . . فَلاَ ثَوَابَ إِنْ وَهَبَ لِدُونِهِ ، وَكَذَا لِأَعْلَىٰ مِنْهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلِنَظِيرِهِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

وفرق الأوّل : بأن الملك هناك ضعيف ، بخلاف ما نحن فيه ، قال الإمام : ولا خلاف أنه آثم بالوطء وإن قصد به الرجوع ؛ لاستحالة إباحة الوطء لشخصين[١] .

وقال الفارقي : إن قلنا : يحصل به الرجوع . . فهو حلال ، وإلا . . فلا .

وما أطلقه من الخلاف في الهبة محلُّه في المقبوضة ، أما قبل القبض . . فلا يكون رجوعاً قطعاً ؛ كما أشار إليه صاحب « الكافي » ، وقاله ابن الرفعة بحثاً[٢] .

(**ولا رجوع لغير الأصول في هبةٍ مُقيَّدة بنفي الثواب**) للحديث المارِّ[٣] ، وكالمتصدق .

وقوله : (بنفي الثواب) : مقصوده مع التدرج إلى الكلام في الثواب بأن محلَّ ما تقدم الكلام فيه الهبة التي لا يتسلط الأجنبي على الرجوع فيها .

(**ومتىٰ وهب مطلقاً**) أي : لم يقيده بثواب ولا بنفيه (. . **فلا ثواب**) أي : لا عوض (**إن وهب لدونه**) في الرتبة ؛ كالملك لرعيته ، والأستاذ لغلامه ؛ إذ لا يقتضيه لفظ ولا عادة ، (**وكذا لأعلىٰ منه**) كهبة الفقير للغني (**في الأظهر**) لأنه لو أعاره داراً . . لا يلزمه شيء ، فكذلك إذا وهبه ؛ إلحاقاً للأعيان بالمنافع ، **والثاني** : يجب الثواب ؛ لاطراد العادة به .

وأصلُ الخلاف : أن العادة الجارية هل تجعل كالمشروط ؟ وفيه قولان ، والهدية في ذلك كالهبة ؛ كما قاله المصنف تفقهاً ، وجزم به السبكي ، ونقله في « الكفاية » عن تصريح البَنْدَنيجي[٤] .

وأما الصدقة . . فلا ثواب فيها مطلقاً ، بل ثوابها عند الله .

(**ولنظيره على المذهب**) إذ القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقة ، **والطريق**

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٣١) .

(٢) كفاية النبيه (١٢/ ١١٣) .

(٣) (ص ٤٨٤) .

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٣٨٦) ، كفاية النبيه (١٢/ ١١٨) .

فَإِنْ وَجَبَ . . فَهُوَ قِيمَةُ ٱلْمَوْهُوبِ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ لَمْ يُثِبْهُ . . فَلَهُ ٱلرُّجُوعُ . وَلَوْ وَهَبَ بِشَرْطِ ثَوَابٍ مَعْلُومٍ . . . .

الثاني : طرد القولين السابقين ؛ لأن الأقران لا يتحمل بعضهم من بعض عادة ، بل يعوضون ، بل بعضهم ينتظر الثواب من البعض ، **والثالث** : إن قصد الثواب . . استحقه ، وإلا . . فقولان .

(**فإن وجب**) الثواب (. . **فهو قيمة الموهوب في الأصحِّ**) لأن العقد إذا اقتضى العوض ولم يسم فيه . . وجبت فيه القيمة ؛ كالنكاح ، وعلىٰ هـٰذا : **فالأصحُّ** : اعتبار قيمته وقتَ القبض لا وقت الثواب .

ولا يتعين للثواب جنس من الأموال ، بل الخيرة فيه للمتهب قطعاً .

فكان ينبغي للمصنف أن يقول : (قدر قيمة الموهوب) كعبارة « المحرر »[(١)] ؛ لئلا يظن أن الواجب القيمةُ بعينها ؛ إذ لو أرادها . . لباعه ، وقد يكون الموهوب مثلياً .

ولا يفهم من قوله : (وجب) تحتم الإثابة ، وإجباره عليها ؛ كالثمن ، بل المتهب بالخيار إذا طلب الواهب القيمة ؛ إن شاء . . أثاب ، وإن شاء . . ردَّ الموهوب ، فإن لم يطلبها . . لم يكن له الردُّ ، وليس للواهب استرجاعُ الموهوب إذا طلب الواهب القيمة ، **ومقابل الأصحِّ أوجه** : ما يعد ثواباً لمثله عادة ، **وقيل** : أقل متمول ، وقائله لم يعمل بمقتضى اللفظ ، فلم يوجب عوضاً ألبتة ، ولا بمقتضى العرف ؛ إذ يستقبح أهل العرف دفع أقلِّ متمول عند إهداء الكثير ، **وقيل** : ما يرضىٰ به الواهب ؛ لحديث ورد فيه[(٢)] .

(**فإن لم يُثبه** . . **فله**) أي : للواهب (**الرجوع**) لحديث : « مَنْ وَهَبَ هِبَةً . . فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا » صححه الحاكم[(٣)] .

هـٰذا إذا كان الموهوب بحاله ، فإن كان تالفاً . . رجع إلىٰ بدله **في الأصحِّ** .

(**ولو وهب بشرط ثوابٍ معلوم**) كـ(وهبتك هـٰذا علىٰ أن تثيبني كذا) (. .

---

(١) المحرر (ص ٢٤٦) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٦٣٨٢) ، والترمذي (٣٩٤٥) ، عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) المستدرك (٢/ ٥٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

فَالأَظْهَرُ : صِحَّةُ ٱلْعَقْدِ ، وَيَكُونُ بَيْعاً عَلَىٰ ٱلصَّحِيحِ ، أَوْ مَجْهُولٍ . . فَٱلْمَذْهَبُ : بُطْلاَنُهُ . وَلَوْ بَعَثَ هَدِيَّةً فِي ظَرْفٍ ؛ فَإِنْ لَمْ تَجْرِ ٱلْعَادَةُ بِرَدِّهِ ؛ كَقَوْصَرَّةِ تَمْرٍ . . فَهُوَ هَدِيَّةٌ أَيْضاً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

فالأظهر : صحة العقد) نظراً إلى المعنىٰ ؛ فإنه معاوضة بمال معلوم فصحَّ ؛ كما لو قال : (بعتك) ، **والثاني** : بطلانه ؛ نظراً إلى اللفظ ؛ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع .

(**ويكون بيعاً على الصحيح**) نظراً إلى المعنىٰ ، فتثبت أحكامه ؛ من الشفعة والخيارين وغيرها ، **والثاني** : يكون هبة ؛ نظراً إلى اللفظ ، فتثبت فيه أحكامها ؛ من اعتبار القبض في اللزوم وغيره ، قال الإمام : وهو بعيد جداً ، ولو صحَّ . . لم يكن في دفع الشفعة حيلة أوقع من هـٰذه ؛ لسلامتها من الخطر[1] .

(**أو مجهولٍ**) كـ(وهبتك هـٰذا الفرس بعبد) (. . **فالمذهب** : **بطلانه**) لأنه خالف موجب البيع لجهالة العوض ، والهبة بإثباته .

وملخص الخلاف في المسألة : أنّا إن قلنا : إن الهبة لا تقتضي ثواباً . . فالعقد باطل ؛ لتعذر تصحيحه بيعاً وهبة ، وإن قلنا : يقتضيه . . صحَّ **على المذهب** ، وبه قطع الجمهور ؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد .

وقيل : يبطل ؛ بناء علىٰ أن العوض يلحقه بالبيع ، وإذا كان بيعاً . . وجب أن يكون العوض معلوماً ، قال الرافعي : (والأولون يقولون : إنما يجعل بيعاً علىٰ رأي إذا تعذر جعله هبة ، وذلك إذا قلنا : الهبة لا تقتضي الثواب ، أما إذا قلنا : تقتضيه . . فاللفظ والمعنىٰ متطابقان ، فلا معنىً لجعله بيعاً)[2] .

(**ولو بعث هدية في ظرف ؛ فإن لم تجر العادة برده ؛ كقَوْصَرَّة تمر . . فهو هدية أيضاً ، وإلا . . فلا**) تحكيماً للعادة ، ومثله : علب الفاكهة والحلوىٰ ونحوها .

و(**القوصرة**) : بتشديد الراء على **الأفصحِ** : وعاء التمر ، ولا يُسمَّىٰ بذلك إلا وفيها التمر ، وإلا . . فهو زِنْبِيل .

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٣٧) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٣٤) .

وَيَحْرُمُ ٱسْتِعْمَالُهُ إِلاَّ فِي أَكْلِ ٱلْهَدِيَّةِ مِنْهُ إِنِ ٱقْتَضَتْهُ ٱلْعَادَةُ .

(**ويحرم استعماله**) لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه (**إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة**) وإن لم تقتضه . . لزمه تفريغه عملاً بالعادة .

قالا : وإذا لم يكن الظرف هدية . . كان أمانة في يده[1] .

وإذا أكل الهدية منه حيث اقتضته العادة . . قال البغوي : يكون عارية[2] .

* * *

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٣٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٨) .

(٢) التهذيب (٤/ ٥٤٤) .

كتاب اللُّقَطَة

يُسْتَحَبُّ ٱلِالْتِقَاطُ لِوَاثِقٍ بِأَمَانَةِ نَفْسِهِ - وَقِيلَ : يَجِبُ - وَلاَ يُسْتَحَبُّ لِغَيْرِ وَاثِقٍ ، وَيَجُوزُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُكْرَهُ لِفَاسِقٍ . . . .

(كتاب اللُّقَطة)

هي بضم اللام وفتح القاف على المشهور ، وحكى ابن مالك فيها أربع لغات : لُقَاطة ، ولُقْطة بضم اللام وسكون القاف ، ولُقَطة بضم اللام وفتح القاف ولقط بفتح اللام وسكون القاف[1] .

قال الأزهري : وهي مختصة بغير الحيوان من الأموال ، والحيوان يُسمَّىٰ ضالة[2] .

وهي مجمع علىٰ جوازها في الجملة .

(**يستحب الالتقاط لواثق بأمانة نفسه**) لما فيه من البرِّ ، قال الله تعالىٰ : ﴿ **وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ** ﴾ ، وفي مسلم : « وَٱللهُ فِي عَوْنِ ٱلْعَبْدِ مَا كَانَ ٱلْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ »[3] .

(وقيل : **يجب**) لأن حرمة مال المسلم كدمه ، فيجب صونه ، **وعلىٰ هاذا** : لو تركه حتىٰ تلفت العين . . أثم ولا ضمانَ ، نصّ عليه في « الأم » ، وجرىٰ عليه الأئمة[4] .

(**ولا يستحب لغير واثق**) قطعاً ؛ خشيةَ التضييع ، أو الخيانة ، (**ويجوز في الأصحِّ**) لأن خيانته لم تتحقق ، وعليه الاحتراز ، **والثاني** : المنع ؛ خشيةَ استهلاكها .

(**ويكره لفاسق**) كيلا تدعوَه نفسه إلى الخيانة ، **وهي كراهة تنزيه** ؛ كما عزاه الرافعي لإطلاق الجمهور ، وزعم أن الغزالي تفرّد بالتحريم ، **واعترض** : بأنه ظاهر

---

(١) قال الإمام النووي في « التهذيب » (٣/ ٥٧١) : (قال شيخنا أبو عبد الله ابن مالك : في اللقطة أربع لغات : لُقَطة ولُقْطة ولقاطة بضم اللام ، ولَقَط بفتح اللام والقاف) .

(٢) الزاهر (٢٤/ ١٧٤) .

(٣) صحيح مسلم (٢٦٩٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) الأم (٥/ ١٤٤) .

وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَجِبُ ٱلإِشْهَادُ عَلَى ٱلاِلْتِقَاطِ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ٱلْتِقَاطُ ٱلْفَاسِقِ وَٱلصَّبِيِّ وَٱلذِّمِّيِّ فِي دَارِ ٱلإِسْلاَمِ . . . .

كلام كثير من العراقيين ، وبه جزم الشيخ نصر المقدسي ، وابن يونس[1] .

(**والمذهب : أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط**) كالوديعة ، **والثاني** : يجب ؛ لحديث عِياض بن حِمار : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَخَذَ لُقَطَةً . . فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ أَوْ ذَوِي عَدْلٍ وَلاَ يَكْتُمْ » رواه أبو داوود بإسناد صحيح ، وصححه ابن حبان[2] .

والأول : حمله على الاستحباب .

والطريق الثاني : القطع بالأول .

وفي كيفية الإشهاد وجهان : **أصحهما في** « **زيادة الروضة** » : أنه يشهد علىٰ أصلها ، ويذكر بعض صفاتها ولا يستوعبها .

وفائدة الإشهاد : أنه ربما طَمِعَ فيها بعد ذلك ، فإذا أشهد . . لم يقدر علىٰ ذلك ، وأيضاً قد يموت قبل مجيء صاحبها فيأخذها الوارث ، فإذا أشهد . . أمن .

(**وأنه يصحُّ التقاط الفاسق**) كاصطياده ، **والطريق الثاني** : تخريجه علىٰ أن المغلَّب في اللقطة الاكتسابُ فيصحُّ ، أو الولايةُ والأمانةُ فلا يصحُّ .

قال الأَذْرَعي : **والمراد بالفاسق** : الذي لا يوجب فسقُه حَجْراً عليه في ماله . انتهىٰ ، **وفيه نظر** .

(**والصبيِّ**) لما ذكرناه في الفاسق ، والمجنونُ في ذلك كالصبي ، نصّ عليه ، وجرىٰ عليه العراقيون وغيرهم ، وكذا السفيه .

(**والذميِّ في دار الإسلام**) ترجيحاً لمعنى الاكتساب ، **والثاني** : لا ؛ كما أنه لا يحيي فيها مواتاً .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٤٢) .

(٢) سنن أبي داوود (١٧٠٩) ، صحيح ابن حبان (٤٨٩٤) ، وأخرجه النسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٧٦) ، وابن ماجه (٢٥٠٥) .

ثُمَّ ٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُنْزَعُ مِنَ ٱلْفَاسِقِ ، وَيُوضَعُ عِنْدَ عَدْلٍ ، وَأَنَّهُ لاَ يُعْتَمَدُ تَعْرِيفُهُ ، بَلْ يُضَمُّ إِلَيْهِ رَقِيبٌ . وَيَنْزِعُ ٱلْوَلِيُّ لُقَطَةَ ٱلصَّبِيِّ ....

والطريق الثاني : القطع بالأول ، قال الرافعي : وربما شرط في التجويز : كونه عدلاً في دينه[1] .

(**ثم الأظهر : أنه ينزع من الفاسق ، ويوضع عند عدل**) لأن مال ولده لا يقر في يده ، فكيف مال الأجانب ؟! **والثاني** : لا ؛ لحقّ المتملّك ، **والأصحُّ علىٰ هـٰذا** : أنه يضم إليه مشرف .

ومحلُّ الخلاف : إذا لم تكن العين معرّضةً للضَّياع ، فإن كان ممن لا تؤمن غائلته وذهابه بالعين . . انتزعت منه قطعاً ، قاله في « البسيط » .

(**وأنه لا يعتمد تعريفه ، بل يضم إليه رقيب**) **عدل** ؛ خشيةً من التفريط في التعريف ، **والثاني** : يعتمد ؛ لأنه الملتقط .

وإذا تم التعريف . . فللملتقط التملك ، قال الماوردي : ويشهد عليه الحاكم بغُرْمِها إذا جاء صاحبها[2] ، فإن لم يتملكها . . كانت في يد الأمين ، قال الماوردي : ولو كان الملتقط أميناً ، لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها . . لم تنزع منه ، وعضّده الحاكم بأمين[3] .

والذميّ في ذلك كالفاسق ؛ كما قاله البغوي ، وأقراه[4] .

(**ويَنزع الولي لقطة الصبي**) والمجنون والسفيه **وجوباً** ؛ لحقه وحقِّ المالك ، وتكون يدُه نائبةً عنه كما نابت في ماله ، ويستقل بذلك اتفاقاً ، لكن عبارة الشافعي : ضمها القاضي إلىٰ وليّه ، وفعل فيها ما يفعله الملتقط[5] ، وأوّلت بما إذا رفعت إليه ، وقال ابن الرفعة : **إنه الأحوط** ، ولو قيل باشتراطه . . لم يبعد ؛ لظاهر النصّ .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٤١) .
(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٤٥١) .
(٣) الحاوي الكبير (٩/ ٤٥١) .
(٤) التهذيب (٤/ ٥٦٣) ، الشرح الكبير (٦/ ٣٤١) ، روضة الطالبين (٥/ ٣٩٢) .
(٥) مختصر المزني (ص ١٣٥) .

وَيُعَرِّفُ وَيَتَمَلَّكُهَا لِلصَّبِيِّ إِنْ رَأَىٰ ذَلِكَ حَيْثُ يَجُوزُ ٱلِاقْتِرَاضُ لَهُ ، وَيَضْمَنُ ٱلْوَلِيُّ إِنْ قَصَّرَ فِي ٱنْتِزَاعِهِ حَتَّىٰ تَلِفَ فِي يَدِ ٱلصَّبِيِّ . وَٱلأَظْهَرُ : بُطْلاَنُ ٱلْتِقَاطِ ٱلْعَبْدِ ، وَلاَ يُعْتَدُّ بِتَعْرِيفِهِ ، فَلَوْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ مِنْهُ . . كَانَ ٱلْتِقَاطاً . . . .

(**ويعرِّف**) الولي ، ولا يعطىٰ مؤنة التعريف من مال الصبي ، بل يراجع الحاكم ليبيع جزءاً من اللقطة .

وأفهم : أنه لا يصحُّ تعريف الصبي ، **وهو المذهب** ، وقال الدارمي : يصحُّ إذا كان معه الولي .

(**ويتملكها للصبي**) ونحوه (**إن رأىٰ ذلك ؛ حيث يجوز الاقتراض له**) لأن تملك اللقطة كالاستقراض ، فإن لم ير التملك . . حفظه أمانةً أو دفعه إلى القاضي .

(**ويَضمن الولي إن قصر في انتزاعه حتىٰ تلف في يد الصبي**) ونحوه ؛ لتقصيره ؛ كما لو احتطب فتركه حتىٰ تلف أو أتلف .

وأشار بقوله : (قصّر) إلىٰ أنه إذا لم يشعر بها وأتلفها الصبي . . فإن الصبي يضمنها ، لا إن تلفت في يده **في الأصحِّ** .

(**والأظهر : بطلان التقاط العبد**) إذا لم يأذن له السيد فيه ولم ينهه عنه ؛ لأن اللقطة أمانة وولاية ابتداءً ، وتمليك انتهاءً ، وليس هو أهلاً لذلك ، **والثاني** : يصحُّ ؛ كاحتطابه واحتشاشه .

فإن أذن له فيه . . **فالأقوىٰ** في « الشرح الصغير » صحته قطعاً ، وإن نهاه عنه . . **فأقوى الطريقين** في « الشرح الصغير » و« زيادة الروضة » : أنه لا يصحُّ قطعاً[1] .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : التقاطُ العبد نُثَارَ الوليمة ؛ فإنه يصحُّ ويملكه سيده ، ذكره في « الروضة » آخرَ (الوليمة)[2] .

(**ولا يُعتَدّ بتعريفه**) إذا أبطلنا التقاطه ؛ لأنه غير ملتقِط ، وهي مضمونة عليه ، فإن صححناه . . صحَّ ولو بغير إذن السيد **في الأصحِّ** ؛ لأن له قولاً صحيحاً .

(**فلو أخذه سيده منه . . كان التقاطاً**) من السيد ، فيعرّف ويتملك ، ويسقط

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٣٩٧) .
(٢) روضة الطالبين (٧/ ٣٤٣) .

قُلْتُ : ٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ٱلْتِقَاطِ ٱلْمُكَاتَبِ كِتَابَةً صَحِيحَةً وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، وَهِيَ لَهُ وَلِسَيِّدِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ مُهَايَأَةً . . فَلِصَاحِبِ ٱلنَّوْبَةِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَكَذَا حُكْمُ سَائِرِ ٱلنَّادِرِ مِنَ ٱلأَكْسَابِ . . . .

الضمان عن العبد **على الأصحِّ** ؛ لأن يد العبد إذا لم تكن يدَ التقاط . . كان الحاصلُ في يده ضائعاً بعدُ ، والأجنبيُّ في هـٰذا كالسيد ؛ كما نقله الرافعي عن أكثر الأصحاب[1] .

ولو لم يأخذه السيد منه ، بل أقره بيده واستحفظه ليعرّفه ؛ فإن كان أميناً . . جاز ولا ضمانَ **في الأصحِّ** ، وإلا . . فهو متعد بذلك .

(**قلت : المذهب : صحة التقاط المكاتب كتابةً صحيحةً**) كالحر ؛ لأنه يملك ما بيده ويتصرّف فيه ، وله ذمة صحيحة يمكن مطالبته متىٰ شاء المالك ، مع أن اللقطة اكتساب يستعين بها علىٰ أداء النجوم .

وفي قول : أنه لا يصحُّ التقاطه ؛ لأنه يحتاج إلى الحفظ حولاً وإلى التعريف ، وذلك تبرّع ناجز ، والملك موهوم ، **وقيل** : يصحُّ ، **وقيل** : لا قطعاً ، بخلاف القنّ ؛ فإن السيد ينزعه منه ، ولا ولاية للسيد علىٰ مال المكاتب مع نقصانه .

واحترز بالصحيحة : عن الفاسدة ؛ فإنه كالقن .

وقيل : تطرد الطرق .

(**ومَنْ بعضه حر**) أي : **المذهب** : صحة التقاطه ؛ لأنه كالحر في الملك والتصرف في الذمة ، **وقيل** : على القولين في القنّ ، **وقيل** : يصحُّ في قدر الحرية قطعاً ، وفي الباقي الطريقان .

(**وهي له ولسيده**) بحسب الحرية والرق ؛ كحرين التقطا مالاً ، فيعرف هو والسيد ويتملكانها .

(**فإن كانت مهايأة**) بالهمز ، وهي : المناوبة (. . **فلصاحب النوبة في الأظهر**) بناءً علىٰ دخول الكسب النادر في المهايأة ، **والثاني** : بناءً علىٰ عدم دخوله فيها .

فعلى الأظهر : من وقعت في نوبته . . عرّفها وتملّكها .

(**وكذا حكمُ سائر النادر من الأكساب**) كالهبة ، والوصية ، والصدقة ، والرِّكاز ،

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٤٤) .

وَٱلْمُؤَنِ إِلاَّ أَرْشَ ٱلْجِنَايَةِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَصْلٌ

[في بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفها]

ٱلْحَيَوَانُ ٱلْمَمْلُوكُ ٱلْمُمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ ٱلسِّبَاعِ بِقُوَّةٍ كَبَعِيرٍ وَفَرَسٍ ، أَوْ بِعَدْوٍ كَأَرْنَبٍ وَظَبْيٍ ، أَوْ طَيَرَانٍ كَحَمَامٍ ؛ إِنْ وُجِدَ بِمَفَازَةٍ . . فَلِلْقَاضِي ٱلْتِقَاطُهُ لِلْحِفْظِ ، وَكَذَا لِغَيْرِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

(و) النادرِ من (**المؤن**) كأجرة الطبيب والحجّام ، ففي دخولها في المهايأة القولان ، **والأظهر** : نعم .

(**إلا أرشَ الجناية ، والله أعلم**) فإنه لا يدخل ، فلو جنى المبعض في نوبة أحدهما . . لم يختص بوجوب الأرش ؛ لأن الأرش يتعلق بالرقبة ، وهي مشتركة ، ونقل الإمام في (باب صدقة الفطر) : اتفاقَ العلماء عليه[1] .

* * *

(**فصل : الحيوان المملوك المُمْتَنِع من صغار السباع**) كالذئب والنمر والفهد ؛ كما ذكره الجرجاني وغيره (**بقوةٍ ؛ كبعير وفرس**) وبقر وبغل وحمار ، (**أو بعَدْو ؛ كأرنب وظبي ، أو طيرانٍ ؛ كحمام : إن وُجِد بمفازة . . فللقاضي**) أو منصوبه (**التقاطهُ للحفظ**) لأن له ولايةً علىٰ مال الغائبين ، وكان لعمر رضي الله عنه حظيرة يحفظ فيها الضوال ، رواه مالك[2] .

وتعبيره بـ(**المملوك**) : يخرج الكلب المقتنىٰ ، **والصحيح** : جواز التقاطه ، ويعرف كونه مملوكاً : بآثار الملك ؛ من كونه موسوماً ، أو مُقَرَّطاً ونحوه .

والمفازة : هي المهلكة ، قيل : سمّيت به على القَلْبِ ؛ تفاؤلاً ، وأنكره ابن القطاع وقال : إنما سمّيت به من فاز : إذا هلك ، فعلىٰ هـٰذا : هي مفعلة من الهلاك .

(**وكذا لغيره**) من الآحاد (**في الأصحِّ**) **المنصوصِ** ؛ صيانةً لها عن الخونة ، **والثاني** : لا ؛ إذ لا ولاية للآحاد علىٰ مال الغير .

---

(١) نهاية المطلب (٣/ ٣٨٦) .

(٢) الموطأ (٢/ ٧٥٩) .

وَيَحْرُمُ ٱلْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ ، وَإِنْ وُجِدَ بِقَرْيَةٍ . . فَٱلأَصَحُّ : جَوَازُ ٱلْتِقَاطِهِ لِلتَّمَلُّكِ . وَمَا لاَ يَمْتَنِعُ مِنْهَا كَشَاةٍ يَجُوزُ ٱلْتِقَاطُهُ لِلتَّمَلُّكِ فِي ٱلْقَرْيَةِ وَٱلْمَفَازَةِ . . . .

وجعل الماوردي محلَّ الخلاف : إذا لم يَعرِف مالكَه ، فإن عرفه . . كان له أخذه قطعاً ليرده عليه ، ويكون أمانة في يده ، نقله عنه في « الكفاية » وأقره[(١)] .

ومحلُّه أيضاً : في زمن الأمن ، أما زمنُ النهب . . فيجوز التقاطها قطعاً .

(**ويحرم التقاطه للتملك**) لقوله صلى الله عليه وسلم في ضالة الإبل : « مَا لَكَ وَلَهَا ، دَعْهَا »[(٢)] ، وقيس الباقي عليها بجامع إمكان عيشه في البر بلا راعٍ .

والمعنىٰ فيه : أن من أضلّ شيئاً . . طلبه حيث ضيّعه ، فلو أخذه للتملك . . ضَمِنه ، ولا يبرأ بردّه إلىٰ موضعه ، فإن دفعه إلى القاضي . . برىء **على الأصحِّ في « الشرح » و« الروضة »**[(٣)] .

ويستثنىٰ من إطلاقه : زمن النهب والفساد ، فيجوز أخذها للتملّك قطعاً في الصحراء وغيرها ، قاله المتولي ، وأقراه[(٤)] .

(**وإن وُجد بقرية**) أو بموضع قريب منها أو ببلد (. . **فالأصحُّ** : **جواز التقاطه للتملّك**) لأنها في العمارة تضيع بأخذ الخونة ، بخلاف المفازة ؛ فإن طُروقها لا يعمّ ، **والثاني** : المنع ؛ كالمفازة ؛ لإطلاق الحديث .

وللأول أن يقول : سياقه يقتضي : المفازة ؛ بدليل : « دَعْهَا تَرِدُ ٱلْمَاءَ وَتَرْعَى ٱلشَّجَرَ »[(٥)] .

(**وما لا يمتنع منها**) أي : من صغار السباع (**كشاة**) ، وعجل ، وفصيل ، وكسير الإبل والخيل (. . **يجوز التقاطه للتملك في القرية والمفازة**) سواء القاضي وغيره؛ صوناً لها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الشاة: « هِيَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ »[(٦)] .

---

(١) كفاية النبيه (١١/ ٤٥٨) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٣٥٤) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٠٣) .

(٤) الشرح الكبير (٦/ ٣٥٤ـ ٣٥٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٠٣) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٦) هـٰذا حديث زيد بن خالد السابق .

وَيَتَخَيَّرُ آخِذُهُ مِنْ مَفَازَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . عَرَّفَهُ وَتَمَلَّكَهُ ، أَوْ بَاعَهُ وَحَفِظَ ثَمَنَهُ وَعَرَّفَهَا ثُمَّ تَمَلَّكَهُ ، أَوْ أَكَلَهُ وَغَرِمَ قِيمَتَهُ إِنْ ظَهَرَ مَالِكُهُ . فَإِنْ أَخَذَ مِنَ ٱلْعُمْرَانِ . . فَلَهُ ٱلْخَصْلَتَانِ ٱلأُولَيَانِ لاَ ٱلثَّالِثَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ عَبْداً لاَ يُمَيِّزُ ، . . . .

(**ويتخير آخذه من مفازة ؛ فإن شاء . . عرَّفه وتملّكه ، أو باعه**) بإذن الحاكم إن أمكن استئذانه **على الأصحِّ** (**وحفظ ثمنه وعرَّفها ثم تملّكه ، أو أكله وغرم قيمته إن ظهر مالكه**) **أما في الأولىٰ** . . فبالقياس علىٰ غيرها ، **وأما الثانية** . . فلأنه إذا جاز الأكل . . فالبيع أولىٰ ، **وأما الثالثة** . . فبالإجماع ؛ كما حكاه ابن عبد البر[1] .

وقوله : (عرَّفها) يعني : عرف اللقطة ، ولم يقل : (عرفه) لئلا يتوهم عوده إلى الثمن، **وقوله** : (ثم تملّكه) أي : الثمنَ ، **وقوله** : (أو أكله) يعني : الشيءَ الملتقَطَ .

وظاهر كلامه : استواء الخصال الثلاث ، لكن الخصلة الأولىٰ أولىٰ من الثانية ، والثانية أولىٰ من الثالثة .

(**فإن أخذ من العُمران . . فله الخصلتان الأوليان ، لا الثالثةُ في الأصحِّ**) لسهولة البيع ، بخلاف الصحراء ، ولمشقة نقلها إلى العمران ، **والثاني** : له الأكل أيضاً ؛ كما في الصحراء .

وهـٰذا في المأكول ، **أما** الجحش الصغير ونحوه مما لا يؤكل . . فكالمأكول في الإمساك والبيع ، ولا يجوز تملكه في الحال **في الأصحّ** ، بل يعرّفه سنة كغيره .

وحكايةُ الخلاف وجهين تَبِع فيه « المحرر » ، والذي في « الشرح » و« الروضة » قولان[2] .

(**ويجوز أن يلتقط عبداً لا يميّز**) كسائر الأموال ، فإن ميّز والوقتُ آمنٌ . . فلا يجوز التقاطه ؛ لأنه يستدل علىٰ سيده ، وإن كان زمنَ نهب . . جاز .

والأمةُ في ذلك كالعبد ، إلا أن الأمة لا تُلتَقط للتملك إلا إذا كانت لا يحل له وطؤها ؛ كالمجوسيّة والمَحْرَم ، فإن حلّت . . امتنع **على الأظهر** ؛ كما أنه لا يجوز له تملُّكُها بالقرض .

---

(١) التمهيد (٣/١٠٧) .
(٢) المحرر (ص ٢٤٩) ، الشرح الكبير (٦/٣٥٥) ، روضة الطالبين (٥/٤٠٣) .

وَيَلْتَقِطَ غيْرَ ٱلْحَيَوَانِ ؛ فَإِنْ كَانَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ ؛ كَهَرِيسَةٍ ؛ فَإِنْ شَاءَ . . بَاعَهُ وَعَرَّفَهُ لِيَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ ، وَإِنْ شَاءَ . . تَمَلَّكَهُ فِي ٱلْحَالِ وَأَكَلَهُ ، وَقِيلَ : إِنْ وَجَدَهُ فِي عُمْرَانٍ . . وَجَبَ ٱلْبَيْعُ . وَإِنْ أَمْكَنَ بَقَاؤُهُ بِعِلاَجٍ كَرُطَبٍ يَتَجَفَّفُ ؛ فَإِنْ كَانَتِ ٱلْغِبْطَةُ فِي بَيْعِهِ . . بِيعَ ، أَوْ فِي تَجْفِيفِهِ وَتَبَرَّعَ بِهِ ٱلْوَاجِدُ . . جَفَّفَهُ ، وَإِلاَّ . . بِيعَ بَعْضُهُ لِتَجْفِيفِ ٱلْبَاقِي . وَمَنْ أَخَذَ لُقَطَةً لِلْحِفْظِ أَبَداً . . فَهِيَ أَمَانَةٌ ، . . . .

(**ويلتقطَ غير الحيوان**) من الجمادات ؛ كالنقود وغيرها ؛ لئلا يضيع بتركه (**فإن كان يَسرُع فساده ؛ كهريسة ؛ فإن شاء . . باعه**) بإذن الحاكم ؛ كما مر (**وعرّفه ليتملك ثمنه ، وإن شاء . . تملّكه في الحال وأكله**) لأنه مُعرَّض للهلاك ، فيتخير فيه ؛ كالشاة ، ولا يجيء الإمساك هنا ؛ لتعذره .

(**وقيل : إن وجده في عمران . . وجب البيع**) لتيسره ، **والأصحُّ** : المنع ؛ كما لو وجده في الصحراء .

(**وإن أمكن بقاؤه بعلاج؛ كرطب يتجفّف ؛ فإن كانت الغِبطة في بيعه . . بيع**) جميعُه بإذن الحاكم (**أو في تجفيفه وتَبرّع به الواجد . . جففه ، وإلا . . بيع بعضُه لتجفيف الباقي**) طلباً للأحظ ، ويُخالِف الحيوانَ حيث يباع جميعه ؛ لأن نفقته تتكرر فتستوعبه .

وقوله : (الواجد) : ليس بقيد ، بل غيره في معناه .

والمراد بالبعض : ما يساوي مؤنة التجفيف .

ولا يشترط كون الملتقَط مملوكاً ، فلو التقط كلباً . . اختص بالانتفاع به بعد التعريف ، وكذا الخمر المحترمة .

ويشترط في اللقطة شروطٌ أخرُ : أن يكون شيئاً ضاع من مالكه بسقوط أو غفلة ، ونحوهما ؛ ليخرج ما إذا ألقت الريح ثوباً في حِجْره ، وأن يوجد في موات أو شارع أو مسجد ؛ ليخرج ما إذا وجد في أرض مملوكة ؛ فإنها للمالك ، وهٰكذا إلىٰ أن تنتهي إلى المحيي ، فإن لم يدَّعه . . فحينئذ تكون لقطة ، وأن يكون في دار الإسلام أو دار الحرب وفيها مسلمون ، أما إذا لم يكن فيها مسلم . . فما يوجد فيها غنيمةٌ ، خمسها لأهل الخمس ، والباقي للواجد .

(**ومن أخذ لقطة للحفظ أبداً**) وهو أهل للالتقاط (. . **فهي أمانة**) أبداً ، وكذا

فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى ٱلْقَاضِي . . لَزِمَهُ ٱلْقَبُولُ ، وَلَمْ يُوجِبِ ٱلأَكْثَرُونَ ٱلتَّعْرِيفَ وَٱلْحَالَةُ هَـٰذِهِ ، فَلَوْ قَصَدَ بَعْدَ ذَلِكَ خِيَانَةً . . لَمْ يَصِرْ ضَامِناً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنْ أَخَذَ بِقَصْدِ خِيَانَةٍ . . فَضَامِنٌ ، وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَهُ أَنْ يُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

درُّها ونسلها ؛ لأنه يحفظها لمالكها ، فأشبه المودَع .

(**فإن دفعها إلى القاضي . . لزمه القَبول**) لأنه ينقلها من أمانة إلىٰ أمانةٍ أوثقَ منها ، بخلاف الوديعة من غير ضرورة لا يلزمه القَبول **على الأصحِّ** ؛ لأنه قادر على الردِّ إلى المالك .

(**ولم يوجب الأكثرون التعريفَ والحالةُ هـٰذه**) لأن الشرع إنما أوجبه لِما جعل له التملك بعده ، وصحح الإمام والغزالي وغيرهما وجوبه[1] ؛ لئلا يفوت الحقُّ بالكتمان ، وقال في « الروضة » : **إنه الأقوىٰ والمختار** ، وفي « شرح مسلم » : **إنه الأصحُّ**[2] ، قال السبكي : ولك أن تقول : الكتمان إنما يكون إذا طلب فكتم ، وبدونه لا يكون كتماناً .

(**فلو قصد بعد ذلك**) أي : بعد أخذها للحفظ (**خيانةً . . لم يصر ضامناً في الأصحِّ**) بمجرد القصد ؛ كالمودَع ، فإن انضم إلى القصد استعمالٌ أو نقلٌ من مكان إلىٰ مكان . . صار ضامناً ؛ كالوديعة ، **والثاني** : يصير ضامناً ؛ إذ سبب أمانته مجرد نيته ، وإلا . . فأخْذُ مال الغير بغير إذنه ورضاه مقتضٍ للضمان ، بخلاف المودَع ؛ فإنه مسلَّط مؤتمن من جهة المالك .

(**وإن أخذ بقصد خيانة . . فضامن**) عملاً بقصده المقارنِ لفعله ، (**وليس له بعده أن يُعرّف ويتملكَ على المذهب**) نظراً للابتداء ؛ كالغاصب[3] ، قال في « أصل الروضة » : وهـٰذا ما قطع به الجمهور[4] .

والطريق الثاني : فيه وجهان ، وعليهما اقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » ؛

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٤٩) ، الوجيز (ص ٢٨٤) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٤٠٩) ، شرح مسلم (١٢/ ٢٢) .

(٣) ويبرأ بدفعها إلى القاضي « عباب » . اهـ هامش (ب) .

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٤٠٦) .

وَإِنْ أَخَذَ لِيُعَرِّفَ وَيَتَمَلَّكَ . . فَأَمَانَةٌ مُدَّةَ ٱلتَّعْرِيفِ ، وَكَذَا بَعْدَهَا مَا لَمْ يَخْتَرِ ٱلتَّمَلُّكَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَيَعْرِفُ جِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا وَعِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ، ثُمَّ يُعَرِّفُهَا . . . .

أحدُهما : هـٰذا ، **والثاني** : أن له التملّكَ ؛ لوجود صورة الالتقاط والتعريف .

(**وإن أخذ ليُعرّف ويتملكَ**) بعد التعريف (. . **فأمانة مدةَ التعريف**) كالمودع ، (**وكذا بعدها ما لم يختر التملّكَ في الأصحِّ**) كما قبلَ : مدة التعريف ، هـٰذا ما ذكره الأصحاب ، وقال الإمام والغزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان عزمُ التملّك مطرداً وإن لم تجر حقيقته[1] ؛ لأنه صار ممسكاً لنفسه ؛ كالمستام .

وما تقدم مبنيّ علىٰ أنها لا تملك بمضي السنة ، فإن قيل به فتلفت . . تلفت من ضمانه لا محالةَ .

(**ويَعرِف**) هو بفتح الياء من المعرفة ، وهو العلم ، وذلك عَقِبَ الأخذ ، قاله المتولي وغيره (**جِنسَها**) أذَهَبٌ هي أم غيرُه ، ونوعَها ؛ أهروية أم مروية (**وصفَتها**) صحيحة أم مكسّرة ، ورقة الثوب وصفاقَته (**وقَدْرَها**) بعدٍّ أو كيل أو وزن ،أو ذَرْع (**وعفاصَها**) وهو : الوعاء من جلد وغيره (**ووكاءها**) وهو : ما تشدّ به من خيط أو غيره ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ٱعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا »[2] .

وقيس الباقي عليه ؛ ليعرف ما يتميّزُ به ويعرف صدق واصفها ، ولئلا تختلط بماله .

ومعرفة هـٰذه الأمور مستحبة لا واجبةٌ **على الصحيح** ، ويستحبُّ تقييدها بالكتابة ؛ خوفَ النسيان .

(**ثم يُعرّفها**) بضم الياء ، وهـٰذا التعريف واجب إن قصد التمليك قطعاً ، وإلا . . فعلىٰ ما سبق .

وله تعريفها بنفسه وبمأذونه ، لكن لا يسلمها له إلا بإذن الحاكم .

ويشترط : أن يكون المعرِّف مأموناً غيرَ معروف بالخلاعة والمجون .

وقوله : (ثم يُعرّفها) : **قد يُفهم** : أنه لا يجب المبادرة إلى التعريف عَقِبَ

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٤٤٧) ، الوجيز (ص ٢٨٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٨) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

فِي ٱلْأَسْوَاقِ وَأَبْوَابِ ٱلْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا سَنَةً عَلَى ٱلْعَادَةِ ؛ يُعَرِّفُ أَوَّلاً كُلَّ يَوْمٍ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ ، ثُمَّ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً ، ثُمَّ كُلَّ أُسْبُوعٍ ، ثُمَّ فِي كُلِّ شَهْرٍ ، وَلاَ تَكْفِي سَنَةٌ مُتَفَرِّقَةٌ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

الالتقاط ، **وهو الأصحُّ في** « **أصل الروضة** »[1] ، **بل المعتبر** : تعريف سنة متىٰ كان .

(**في الأسواق وأبواب المساجد**) عند خروج الناس منها ؛ لأنه أقرب إلىٰ وجود صاحبها .

وقد يفهم : أنه لا يجوز تعريفها داخل المساجد ، وبه صرح القاضي الحسين والماوردي ، وحكىٰ فيه الاتفاق ، لكن استثنى الماوردي المسجد الحرام ؛ فإنه يجوز فيه التعريف **على الأصحِّ** ؛ اعتباراً بالعرف وأنه مَجمَع الناس ، لكن في « شرح المهذب » في (باب الغسل) ذكر : أن تعريفها في المسجد مكروه[2] ، فاقتضى الجواز .

(**ونحوِها**) من المجامع والمحافل؛ لما ذكرناه من كونه أقربَ إلىٰ وجود صاحبها .

(**سنةً**) لحديث زيد بن خالد في ذلك ، **والمعنىٰ فيه** : أن السنة لا تتأخر فيها القوافل ، وتمضي فيها الفصول الأربعة .

ولو وجد اثنان لقطة . . هل يعرفانها سنةً ؛ أحدُهما نصفَها والآخرُ نصفَها ، أو يُعرِّف كلٌّ منهما سنةً ؛ لأنه في النصف كلقطة كاملة ؟ فيه احتمالان لابن الرفعة ، قال : **والأشبه** : الثاني ، وقال السبكي : **إن الأشبه** : الأول ؛ لأن قسمتها تكون عند التملك لا قبله ، فتكون في يدهما ، ويعرفانها سنة .

(**على العادة**) فلا يشترط استيعاب السنة كلِّها ، ولا يعرف ليلاً ولا وقتَ الهواجر (**يعرف أولاً كلَّ يوم طرفَي النهار ، ثم كلَّ يوم مرة ، ثم كلَّ أسبوع**) مرةً أو مرتين ، (**ثم في كلِّ شهر**) مرةً بحيث إنه لا ينسىٰ أنه تكرار لما مضىٰ ، وإنما جعل التعريفُ في الأزمنة الأُوَلِ أكثرَ ؛ لأن تَطلُّبَ المالك فيها أكثر .

(**ولا تكفي سنة متفرقة في الأصحِّ**) بأن يعرف شهراً ويتركَ شهراً ؛ كما صوّرها

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٤٠٧) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٤٢٨) ، المجموع (٢/ ٢٠٠) .

قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : تَكْفِي ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَيَذْكُرُ بَعْضَ أَوْصَافِهَا وَلاَ تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ ٱلتَّعْرِيفِ إِنْ أَخَذَ لِحِفْظٍ ، . . . .

بعضهم ، أو اثني عشر شهراً من اثنتي عشرة سنةً ؛ كما صورها آخرون ؛ لأن المفهوم من السنة في الخبر : التوالي[1] ؛ كما لو حلف لا يكلم زيداً سنة ، ولأن القصد بلوغ الخبر إلى المالك ، وبالتفريق يختل هـٰذا القصد .

وعبارة « المحرر » : (الأحسن) ، ولم يصرح في « الشرحين » بترجيح ، بل نقل هـٰذا عن الإمام ومقابلَه عن العراقيين[2] .

(**قلت : الأصحُّ : تكفي ، والله أعلم**) لإطلاق الخبر ، وكما لو نذر صوم سنة ؛ فإنه يجوز تفريقها ، ولا بدَّ علىٰ هـٰذا : أن يبيّن في التعريف زمان الوِجدان حتىٰ يكون ذلك في مقابلة ما جرىٰ من التأخير ، ذكره الإمام ، قال : وتساهل بعض الأصحاب فجعل ذكر التاريخ مستحباً[3] هـٰذا كلُّه في الموجود في دار الإسلام .

أما الموجود في دار الحرب ؛ فإن أمكن كونه لمسلم . . وجب تعريفه ، ثم بعده هو غنيمة **وقيل** : هو للواجد ، وأما صفة التعريف . . فقال الشيخ أبو حامد : يُعرّف يوماً أو يومين ، ويَقرُب منه قول الإمام : يكفي بلوغ الأخبار إلى الأجناد إذا لم يكن هناك مسلم سواهم ، ولا ينظر إلى احتمال مرور التجار ، وفي « المهذب » و« التهذيب » : يعرف سنة ، ذكره الشيخان كلَّه في (باب السير)[4] .

(**ويذكر بعض أوصافها**) في التعريف ؛ لأنه أقرب إلى الظَّفَر بالمالك ، وهـٰذا مستحب لا شرط **في الأصحِّ** .

واحترز بقوله : (بعض أوصافها) عن كلِّها ؛ فإنه لا يستوعبها ولا يبالغ فيها ؛ لئلا يعتمدها الكاذب ، فإن فعل . . ضمن **على الأصحِّ من « زوائد الروضة »**[5] .

(**ولا تلزمه مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ**) وقلنا : يجب التعريف ؛ إذ الحظّ لمالكها

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .
(٢) المحرر (ص ٢٥٠) الشرح الكبير (٦/ ٣٦١ـ٣٦٢) .
(٣) نهاية المطلب (٨/ ٤٥٣ـ ٤٥٤) .
(٤) الشرح الكبير (١١/ ٤٢٥ـ٤٢٦) ، روضة الطالبين (١٠/ ٢٦٠ـ ٢٦١) .
(٥) روضة الطالبين (٥/ ٤٠٨) .

بَلْ يُرَتِّبُهَا ٱلْقَاضِي مِنْ بَيْتِ ٱلْمَالِ أَوْ يَقْتَرِضُ عَلَى ٱلْمَالِكِ ، وَإِنْ أَخَذَ لِتَمَلُّكٍ . . لَزِمَتْهُ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَتَمَلَّكْ . . فَعَلَى ٱلْمَالِكِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْحَقِيرَ لاَ يُعَرَّفُ سَنَةً ، بَلْ زَمَناً يُظَنُّ أَنَّ فَاقِدَهُ يُعْرِضُ عَنْهُ غَالِباً . . . .

فقط ، (بل يرتّبها القاضي من بيت المال) قرضاً ؛ كما قاله ابن الرفعة ، **فظاهرُ كلام المصنف** : خلافه ، (أو يقترضُ على المالك) ، أو يأمر الملتقط به ليرجع ؛ كما في هرب الجمال ، وإذا قلنا : لا يجب التعريف والحالة هـٰذه ؛ فإن عرّف . . فهو متبرع .

(وإن أخذ للتملك . . لزمته) لأن الحظ له ، (وقيل : إن لم يتملك . . فعلى المالك) لعود الفائدة إليه ، ولو قصد الأمانة أوّلاً ثم قصد التملك . . ففيه الوجهان ؛ نظراً إلىٰ منتهى الأمر ومستَقَرّه .

وظاهر كلامه تبعاً لـ« أصله »[1] أنه إذا تملك ثم ظهر المالك ورجع فيها . . لم يجىء هـٰذا الوجه ، وتعبير « الشرحين » و« الروضة » : بـ(ظهور المالك)[2] : يشمل ظهوره بعد التملك ، قال السبكي : **وهو أحسن** ؛ فإنه متىٰ ظهر قبل التملك أو بعده . . رجع بها علىٰ هـٰذا الوجه ، قال : فلو قال « المنهاج » : (وقيل : إن ظهر المالك فعليه) . . لكان أخلص[3] .

(**والأصحُّ** : أن **الحقير لا يُعرَّف سنة**) لأن فاقده لا يدوم علىٰ طلبه سنةً ، بخلاف الخطير ، **والثاني** : يعرف سنة كالخطير ؛ لإطلاق الحديث[4] ، واختاره السبكي وقال : **إنه المشهور في المذهب** ، وقال الأَذْرَعي : **إنه المذهب المنصوص وقول الجمهور** .

(بل) **الأصحُّ** : تعريفه (**زمناً يُظَن أن فاقده يعرض عنه غالباً**) ويختلف ذلك باختلاف المال ، قال الروياني : فدانقُ الفضة يُعرَّف في الحال ، ودانق الذهب يُعرَّف يوماً أو يومين أو ثلاثة .

---

(١) المحرر (ص ٢٥٠) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٣٦٢) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٠٨) .

(٣) في (ب) و(د) : (لكان أولىٰ) .

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٢٧) ، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

فَصْلٌ

[في تملك اللقطة وغرمها وما يتبعها]

إِذَا عَرَّفَ سَنَةً . . لَمْ يَمْلِكْهَا حَتَّىٰ يَخْتَارَهُ بِلَفْظٍ كَتَمَلَّكْتُ ، وَقِيلَ : تَكْفِي ٱلنِّيَّةُ ، وَقِيلَ : يَمْلِكُ بِمُضِيِّ ٱلسَّنَةِ . . . .

وتعبيره يقتضي : أن التعريف في زمن إعراض الفاقد ، وليس كذلك ، وإنما هو في زمن فقد الإعراض ، فإذا جاء زمن الإعراض . . انتهى التعريف .

وعبارة « الشرحين » و« الروضة » : مدةً يُظَن في مثلها طلبُ فاقده له ، فإذا غلب على الظن إعراضه . . سقط[1] ، فكان ينبغي للمصنف أن يقول : (إلىٰ زمن يظن أن فاقده يعرض عنه) ، فيجعل ذلك الزمن غايةً ليترك التعريف ، لا ظرفاً للتعريف .

ومقابل الأصحِّ : يكفي مرة ؛ لأنه يخرج بها عن حدِّ الكتمان ، **وقيل** : ثلاثة أيام ، **وقيل** : لا يجب تعريف القليل أصلاً .

وكلُّ هـٰذا إذا لم يبلغ في القلة إلىٰ حدٍّ لا يتمول ، فإن بلغ ذلك ؛ كحبة بُرّ وزبيبة . . لم يجب تعريفه ، ويستبدّ به واجده .

نعم ؛ هل يزول ملك صاحبه عنه إذا وقع منه ؟ فيه وجهان في « الوافي » .

والأصحُّ في ضابط الحقير : أنه لا يتقدر ، بل ما غلب على الظن أن صاحبه لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً .

* * *

(**فصل** : **إذا عَرَّف سنة**) أو دونها في الحقير (**لم يملكها حتىٰ يختاره بلفظ ؛ كـ« تملكت »**) ونحوه ؛ لأنه تمليك مال ببدل ، فافتقر إلىٰ ذلك ؛ كالشفيع ، (**وقيل** : **تكفي النية**) أي : تجديدُ قصد التملك ؛ إذ اللفظ إنما يعتبر حيث يكون إيجابٌ ، (**وقيل** : **يملك بمضي السنة**) بعد التعريف ؛ لما في « مسلم » : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا . . فَأَعْطِهَا إِيَّاهُ ، وَإِلاَّ . . فَهِيَ لَكَ »[2] .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٦٥) ، روضة الطالبين (٥/ ٤١٠) .

(٢) صحيح مسلم (٦/١٧٢٢) وهو عند البخاري برقم (٢٤٢٩) كلاهما عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

فَإِنْ تَمَلَّكَ فَظَهَرَ ٱلْمَالِكُ وَٱتَّفَقَا عَلَىٰ رَدِّ عَيْنِهَا . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَرَادَهَا ٱلْمَالِكُ وَأَرَادَ ٱلْمُلْتَقِطُ ٱلْعُدُولَ إِلَىٰ بَدَلِهَا . . أُجِيبَ ٱلْمَالِكُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ تَلِفَتْ . . غَرِمَ مِثْلَهَا أَوْ قِيمَتَهَا يَوْمَ ٱلتَّمَلُّكِ ، وَإِنْ نَقَصَتْ بِعَيْبٍ . . فَلَهُ أَخْذُهَا مَعَ ٱلأَرْشِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِذَا ٱدَّعَاهَا رَجُلٌ وَلَمْ يَصِفْهَا وَلاَ بَيِّنَةَ . . لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ ، . . . .

ومحلُّ هـٰذا الوجه : إذا قصد بالأخذ في الابتداء التملك بعد المدة ، فإن قصد الحفظ واستمر حتى انقضت المدة . . لم يملك به قطعاً ؛ كما صرح به صاحب « التقريب » والماوردي وغيرهما[1] ، قال الإمام : ولو أطلق الالتقاط . . احتمل أن يملك إن غلّبنا الكسب[2] .

(**فإن تملك فظهر المالك واتفقا علىٰ رد عينها . . فذاك**) إذ الحقُّ لا يعدوهما ، (**وإن أرادها المالك وأراد الملتقط العدول إلىٰ بدلها . . أجيب المالك في الأصحِّ**) كالقرض ، وفي « الصحيحين » : « فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْماً مِنَ ٱلدَّهْرِ . . فَأَدِّهَا إِلَيْهِ »[3] ، **والثاني** : يجاب الملتقط ؛ لأنه ملكها ؛ كما قيل به في القرض .

(**فإن تلفت . . غرم مثلَها**)[4] إن كانت مثلية (**أو قيمتَها**) إن كانت متقومة ؛ لأنه تملُّك يتعلق به العوض ، فأشبه البيع (**يومَ التملك**) لأنه وقت دخولها في ضمانه .

(**وإن نقصت بعيب**) طرأ بعد التملك (. . **فله أخذها مع الأرش في الأصحِّ**) للأصل المقرر : **أن ما ضُمِن كلُّه بالتلف . . ضُمِن بعضُه عند النقص** ، **والثاني** : يقنع بها بلا أرش ؛ لأن النقصان حصل في ملكه ، فلا يضمنه .

(**وإذا ادعاها رجل ولم يصفها ولا بينةَ**) يثبت بها المال ولو شاهداً ويميناً (. . **لم تُدفَع إليه**) لحديث : « لَوْ أُعْطِيَ ٱلنَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ . . . » الحديث[5] .

نعم ؛ لو علم الملتقِط أنها له . . لزمه الدفع إليه .

---

(١) الحاوي الكبير (٩/ ٤٤٣) .

(٢) نهاية المطلب (٨/ ٤٤٧) .

(٣) صحيح البخاري (٢٤٣٦) ، صحيح مسلم (٥/ ١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه .

(٤) في (ب) و(د) : (وإن تلفت . . غرم مثلها) .

(٥) أخرجه البخاري (٤٥٥٢) ، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَإِنْ وَصفَهَا وَظَنَّ صِدْقَهُ . . جَازَ ٱلدَّفْعُ ، وَلاَ يَجِبُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، فَإِنْ دَفَعَ فَأَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً بِهَا . . حُوِّلَتْ إِلَيْهِ ، فَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَهُ . . فَلِصَاحِبِ ٱلْبَيِّنَةِ تَضْمِينُ ٱلْمُلْتَقِطِ وَٱلْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ ، وَٱلْقَرَارُ عَلَيْهِ . **قُلْتُ** : لاَ تَحِلُّ لُقَطَةُ ٱلْحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

(**وإن وصفها وظن صدقه . . جاز الدفع**) عملاً بظنه .

هـٰذا إذا كان الواصف واحداً ، فإن وصفها جماعة . . قال أبو الطيب : أجمعنا علىٰ أنها لا تسلم لهم .

(**ولا يجب على المذهب**) لأنه مدعٍ فيحتاج إلىٰ بينة ؛ كغيره ، **وقيل** : فيه وجهان ؛ **أحدهما** : هـٰذا ، **والثاني** : يجب ؛ لأن إقامة البينة عليها قد تعسر .

واحترز بقوله : (فظن صدقه) عما إذا لم يغلب على الظن صدقه ؛ فإنه لا يجب الدفع **اتفاقاً** ، وكذا لا يجوز **على المشهور** .

(**فإن دفع**) بالوصف (**فأقام آخرُ بها بينة . . حولت إليه**) لأن البينة حجة توجب الدفع ، فقدمت على الوصف المجرد ، (**فإن تلفت عنده . . فلصاحب البينة تضمين الملتقط**) لأنه سلّم ما لم يكن له تسليمُه ، هـٰذا إذا دفعه بنفسه ، فإن ألزمه به حاكم يراه . . فلا ضمانَ عليه ؛ لعدم تقصيره ، (**والمدفوعِ إليه**) لأنه أخذ ما لم يكن له أخذهُ ، (**والقرارُ عليه**) أي : على المدفوع إليه ؛ لتلفه في يده .

نعم ؛ لو كان الملتقط قد أَقَرَّ للواصف بالملك ثم غرم . . لم يرجع على المدفوع إليه ؛ لأنه يزعم أن المدعي ظلمه ، فلا يظلم الغير ، وتوقف فيه ابن أبي الدم .

(**قلت : لا تحل لقطة الحرم للتملك على الصحيح**) بل للحفظ أبداً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إِنَّ هَـٰذَا ٱلْبَلَدَ حَرَّمَهُ ٱللهُ ، لاَ تُلْتَقَطُ لُقَطَتُهُ إِلاَّ مَنْ عَرَّفَهَا » متفق عليه(١) .

وفي رواية للبخاري : « لاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهُ إِلاَّ لِمُنْشِدٍ »(٢) ، قال الشافعي : أي :

---

(١) صحيح البخاري (١٥٨٧) ، صحيح مسلم (١٣٥٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

(٢) صحيح البخاري (١٥٨٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وهو عند مسلم برقم (١٣٥٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

لمعرِّف ، ولم يوقت في التعريف سنة كغيرها ، فدلَّ علىٰ أنه أراد التعريف على الدوام ، وإلا . . فلا فائدة في التخصيص ، وقد أخرج عليه الصلاة والسلام هـٰذا الكلام في سياق تفضيل الحرم ، وبذلك يحصل التمييز بينه وبين سائر البلاد .

والمعنىٰ فيه : أن حرم مكة ـ شرفها الله تعالىٰ ـ مثابةٌ للناس يعودون إليه مرةً بعد أخرىٰ ، فربما يعود من أضلها أو يبعث في طلبها ؛ فكأنه جعل ماله بها محفوظاً عليه ؛ كما غلظ الدية فيها .

والثاني : تحلُّ ؛ لأنها نوع كسب ، فاستوىٰ فيه الحلُّ والحرم ؛ كغيرها .

والمراد بالخبر : أنه لا بدَّ من التعريف ؛ كسائر البلاد ؛ لئلا يُتَوّهم الاكتفاء بتعريفها في الموسم فقط ؛ لكثرة الناس وبعد العود في طلبها من الآفاق .

وعلى الأول : ففي لقطة عرفة ومسجد إبراهيم عليه السلام وجهان في « الحاوي » ؛ **أحدهما** : أنها كلقطة الحرم ؛ لأنها مجمع الحاج ، **والثاني** ـ وصححه في « الانتصار »ـ : أنها ليست كلقطة الحرم ؛ لأن ذلك من خصائص الحرم[1] .

(**ويجب تعريفها قطعاً ، والله أعلم**) ولا يجيء فيها الوجه المارُّ فيمن التقط للحفظ ؛ للحديث[2] ، ونقل في « الروضة » عن الأصحاب : أنه يلزمه الإقامة للتعريف أو دفعها للحاكم[3] .

* * *

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٤٢٨) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٠٧) .

(٣) روضة الطالبين (٥/٤١٣) .

كتاب اللقيط

ٱلْتِقَاطُ ٱلْمَنْبُوذِ فَرْضُ كِفَايَةٍ ، وَيَجِبُ ٱلإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ وِلاَيَةُ ٱلاِلْتِقَاطِ لِمُكَلَّفٍ حُرٍّ مُسْلِمٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ . . . .

(كتاب اللقيط)

هو اسم للطفل الذي يوجد مطروحاً في شارع ونحوه وليس ثَمّ من يدّعيه .

ولقيط : بمعنىٰ ملقوط فعيل بمعنىٰ مفعول ؛ كجريح ، وقتيل .

واستأنسوا له بقوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ ، ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ .

وقد كان معروفاً في الأمم الماضية ، قال الله تعالىٰ : ﴿ فَٱلْتَقَطَهُۥٓ ءَالُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَنًا ﴾ .

(التقاط المنبوذ) أي : المطروحِ **(فرض كفاية)** صيانةً للنفس المحترمة عن الهلاك ، قال بعضهم : ومن تركه . . فهو داخل في قتل النفس .

وكلامه قد يفهم : اختصاصه بغير المميز وأن المميز لا يُلتقط ؛ فإن المنبوذ هو الذي نُبِذ دون التمييز ، لكن قال الرافعي : **الأوفق لكلام الأصحاب** : أنه يلتقط ؛ لحاجته إلى التعهد والتربية[1] ، قال السبكي : والبالغ المجنون في ذلك كالصبي .

(ويجب الإشهاد عليه في الأصحّ) لئلا يضيع نسبه ، **والثاني** : لا بل يستحب ؛ اعتماداً على الأمانة ؛ كاللقطة .

وفرق الأول : بأن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ولا تعريفَ في اللقيط .

والثالث : إن كان الملتقط ظاهرَ العدالة . . لم يجب ، وإلا . . وجب .

ومحلُّ الخلاف : إذا قلنا : لا يجب الإشهاد على اللقطة ، وإلا . . وجب هنا قطعاً ، قاله صاحب « المعين » .

(وإنما تثبت ولاية الالتقاط لمكلف حر مسلم عدل رشيد) لأنها ولاية تثبت على

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٧٩) .

فَلَوِ ٱلْتَقَطَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . . ٱنْتُزِعَ مِنْهُ ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَأَقَرَّهُ عِنْدَهُ أَوِ ٱلْتَقَطَ بِإِذْنِهِ . . فَٱلسَّيِّدُ ٱلْمُلْتَقِطُ . وَلَوِ ٱلْتَقَطَ صَبِيٌّ أَوْ فَاسِقٌ أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ أَوْ كَافِرٌ مُسْلِماً . . ٱنْتُزِعَ . وَلَوِ ٱزْدَحَمَ ٱثْنَانِ عَلَىٰ أَخْذِهِ . . جَعَلَهُ ٱلْحَاكِمُ عِنْدَ . . . .

الغير بالاختيار ، فاعتبر فيها الأوصاف المذكورة ؛ كولاية القضاء .

وخرج بالمكلف : الصبي والمجنون ، **وبالحرِّ وما بعده** : أضدادُهما ، وكأن لفظ العدالة يغني عن التكليف .

وقد أنكر على المصنف : اشتراطه الرشدَ بعد العدالة ، وهل ثَم عدل وليس برشيد ؟!

وأجيب : بأنه يتصور بالمبذر ؛ فإنه ليس بمؤتمن شرعاً وإن كان عدلاً .

(**فلو التقط عبد بغير إذن سيده . . انتُزِع منه**)(١) لأن ذلك تبرّع ، وليس هو من أهله ، (**فإن علمه فأقره عنده أو التقط بإذنه . . فالسيد الملتقط**) وهو نائبه في الأخذ والتربية ؛ إذ يده كيده ، وسواء في ذلك القن ، والمدبر ، والمعلق عتقه ، وأم الولد ، وكذا المكاتب **على المشهور** ، والمبعّضُ إذا أخذ في نوبته . . ففي استحقاقه كفالتَه وجهان ، قال الأَذْرَعي : **أصحهما** : المنع .

(**ولو التقط صبي أو فاسق أو محجور عليه**) بسفه (**أو كافر مسلماً . . انتُزِع**) لعدم أهلية الصبي والمحجور عليه ، وتهمةِ الفاسق ، وعدمِ ولاية الكافر على المسلم .

وخرج بالمسلم : المحكوم بكفره ، فله التقاطه ولا ينزع منه ؛ لأنه أهل لحضانته إذا كان عدلاً في دينه .

وقضيته : جواز التقاط اليهودي للنصراني وعكسِه وإن قلنا : لا يتوارثان ؛ كما يلتقط المسلمُ الكافرَ وإن لم يرثه ، قال ابن الرفعة : ولم أره منقولاً ، قال الزركشي : ويشبه أنه إذا خالفه في الدين . . لا يقر بيده إذا منعنا من تهوّد النصراني وعكسِه ، **وهو المذهب** .

(**ولو ازدحم اثنان علىٰ أخذه**) فقال كلٌّ واحد : أنا آخذه (. . **جعله الحاكم عند**

---

(١) في (ب) و(د) : (ولو التقط) .

مَنْ يَرَاهُ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ فَٱلْتَقَطَهُ . . مُنِعَ ٱلآخَرُ مِنْ مُزَاحَمَتِهِ ، وَإِنِ ٱلْتَقَطَاهُ مَعاً وَهُمَا أَهْلٌ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُقَدَّمُ غَنِيٌّ عَلَىٰ فَقِيرٍ ، وَعَدْلٌ عَلَىٰ مَسْتُورٍ ، فَإِنِ ٱسْتَوَيَا . . أُقْرِعَ . . . .

من يراه منهما ، **أو من غيرهما**) لأنه لا حقَّ لهما قبل الأخذ فيفعل الأحظ له .

(**وإن سبق واحد فالتقطه . . منع الآخر من مزاحمته**) عملاً بالسبق .

واحترز بقوله : (فالتقطه) : عما لو سبقه إلى الوقوف علىٰ رأسه ولم يأخذه ؛ فإنه لا حقَّ له **في الأصحِّ** .

(**وإن التقطاه معاً وهما أهل**) للحضانة (. . **فالأصحُّ** : **أنه يقدم غني علىٰ فقير**) لأنه أرفق بالطفل ، فربما يواسيه بماله ، وقطع به جماعة ، **والثاني** : يستويان ؛ لأن نفقة اللقيط لا تجب علىٰ ملتقطه ، فلا فرق بين الغني والفقير ، ولا عبرةَ بتفاوتهما في الغنىٰ **على الأصحِّ في** « **زيادة الروضة** »[1] .

(**وعدل علىٰ مستور**) احتياطاً للقيط ، **والثاني** : **هما سواء** ؛ لأن المستور لا يسلم مزية الآخر ، ويقول : لا أترك حقي بأن لم تعرفوا حالي .

(**فإن استويا**) في الصفات المعتبرة وتشاحّا (. . **أقرع**) على النصِّ[2] ؛ إذ ليس أحدهما أولىٰ من الآخر ، وتركه في يدهما مشق ، والمهايأة تضر الطفل ؛ لتبدّل الأيدي عليه .

وقد كانت القرعة في الكفالة في شرع مَنْ قبلَنا في قصة مريم ، قال الله تعالىٰ ﴿ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ ؛ أي : اقترعت الأحبار علىٰ كفالتها بإلقاء أقلامهم ، ولم يرد في شرعنا ما يخالفه .

ومن الصفات المقدّمة : أن يكون محل إقامة أحدهما أرفقَ بالطفل من محلّ الآخر ، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره **على الأصحِّ** .

والمراد بالحضانة هنا : حفظه وحفظ ماله وتربيته ، لا الأعمالُ المتقدمة في الإجارة .

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٤٢٠) .

(٢) مختصر المزني (ص ١٣٦) .

وَإِذَا وَجَدَ بَلَدِيٌّ لَقِيطاً بِبَلَدٍ . . فَلَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَىٰ بَادِيَةٍ ، وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ نَقْلَهُ إِلَىٰ بَلَدٍ آخَرَ ، وَأَنَّ لِلْغَرِيبِ إِذَا ٱلْتَقَطَ بِبَلَدٍ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَىٰ بَلَدِهِ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بِبَادِيَةٍ . . فَلَهُ نَقْلُهُ إِلَىٰ بَلَدٍ ، وَإِنْ وَجَدَهُ بَدَوِيٌّ بِبَلَدٍ . . فَكَٱلْحَضَرِيِّ ، أَوْ بِبَادِيَةٍ . . أُقِرَّ بِيَدِهِ ، . . . .

(وإذا وجد بلدي لقيطاً ببلد . . فليس له نقلُه إلىٰ بادية) لخشونة عيشها ، وتفويته العلمَ والصنعة ، **وقيل** : لضياع النسب ؛ فإن ظهور نسبه في موضع التقاطه أغلب ، فلو قَرُبت البادية من البلد بحيث يحصل ما يراد منها ؛ فإن عللنا بخشونة العيش . . لم يمنع ، وإن عللنا بضياع النسب ؛ فإن كان أهل البلد يخالطون أهلَ ذلك الموضع . . لم يمنع ، وإلا . . منع ، **وحينئذ** ؛ فيجب استثناء هـٰذه الصورة من إطلاق المصنف ، وكذا ليس له نقله من مدينة إلىٰ قرية ولا من قرية إلىٰ بادية .

(**والأصحُّ** : أن له) أي : الملتقطِ (نقلَه إلىٰ بلد آخرَ) بناءً على العلة الصحيحة ، وهي مراعاة المعيشة ، **والثاني** : يمتنع ؛ بناءً على الثانية ؛ كما لو نقله إلىٰ بادية .

ومحلُّ الجواز : عند أمن الطريق وتواصل الأخبار ، وإلا . . لم يجز قطعاً .

(وأن للغريب إذا التقَطَ ببلد أن ينقله إلىٰ بلده) للمعنى الأول ، **والثاني** : لا ؛ للمعنى الثاني .

والخلاف في غريب عُرِفت أمانته ، أما من جهل حاله . . لم يقر بيده قطعاً ، ولا حاجة لذكره هـٰذه المسألةَ ؛ لدخولها في المسألة قبلها ، وحيث منعناه . . نزعنا اللقيط من يده ، قال الأَذْرَعي : كذا أطلقوه ؛ اكتفاءً بظاهر حاله وأنه مسافر لا إقامة له ، فلو التزم الإقامة ووثق به . . **فالوجه** : عدم نزعه .

(وإن وجده) البلدي (ببادية . . فله نقله إلىٰ بلد) وإلىٰ قرية ؛ لأنه أرفق به ، **وقيل** : وجهان ؛ بناءً على المعنيين .

(وإن وجده بدوي ببلد . . فكالحضري) فإن أراد المقام به . . أقر في يده ، وإن أراد نقله إلىٰ بادية أو إلىٰ بلد آخر . . فعلىٰ ما تقدّم في البلدي ، (أو ببادية . . أُقر بيده)[1] لأنها في حقِّه كبلدة أو قرية ، هـٰذا إذا كان من أهل حلة مقيمين بموضع

---

(١) في (ب) و(د) : (أقر في يده) .

وَقِيلَ : إِنْ كَانُوا يَنْتَقِلُونَ لِلنُّجْعَةِ . . لَمْ يُقَرَّ . وَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ٱلْعَامِّ كَوَقْفٍ عَلَى ٱللُّقَطَاءِ ، أَوِ ٱلْخَاصِّ ؛ وَهُوَ : مَا ٱخْتَصَّ بِهِ ؛ كَثِيَابٍ مَلْفُوفَةٍ عَلَيْهِ وَمَفْرُوشَةٍ تَحْتَهُ وَمَا فِي جَيْبِهِ مِنْ دَرَاهِمَ وَغَيْرِهَا وَمَهْدِهِ وَدَنَانِيرَ مَنْثُورَةٍ فَوْقَهُ وَتَحْتَهُ . وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ . . فَهِيَ لَهُ . . . .

راتب ، وقيده **الإمام** : بما إذا تواصلت أخبار الحلتين[1] ، فإن لم تتواصل . . فوجهان ؛ كالبلدين .

(وقيل : إن كانوا ينتقلون للنُّجْعة) ، وهي الانتقال في طلب المرعىٰ وغيره (. . لم يقر) لأن فيه تضييعاً لنسبه ، **والأصحُّ** : أنه يقر ؛ لأن أطراف البادية كمحالّ البلدة الواسعة .

(ونفقتُه في ماله) كغيره (العامِّ ؛ كوقف على اللقطاء) والوصية لهم ، (أو الخاصِّ ، وهو ما اختص به ؛ كثياب ملفوفة عليه) وملبوسة له (ومفروشة تحته) ، وما هو مغطىً به ، ودابة عِنانُها بيده ، (وما في جيبه من دراهم وغيرها ومهده ، ودنانير منثورة فوقه وتحته) لأن له يداً واختصاصاً ؛ كالبالغ ، والأصل : الحرية ما لم يعرف غيرها[2] .

(وإن وجد في دار) لا يعرف لها مستحق وليس فيها غيره (. . فهي له) لليد ولا مزاحم .

وفي معنى **الدار** : الحانوت والخيمة ، وفي البستان وجهان طردهما صاحب « المستظهري » في الضَّيعة[3] ، واستبعده في « زيادة الروضة » وقال : ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها[4] .

فلو كان معه في الدار غيره . . هل يمنع من ثبوت يده علىٰ شيء منها أو يشتركان فيها ؟ لم يتعرضوا له ، قال الزركشي : **والظاهر** : الثاني ، وقال الأَذْرَعي : لا شكّ أنا لو وجدنا بها منبوذَين . . كانت لهما باليد .

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٥١٤) .

(٢) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه . اهـ هامش (أ) .

(٣) حلية العلماء (٥/ ٥٥١_٥٥٢) .

(٤) روضة الطالبين (٥/ ٤٢٤) .

وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ وَكَذَا ثِيَابٌ وَأَمْتِعَةٌ مَوْضُوعَةٌ بِقُرْبِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ . فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَالٌ . . فَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ ٱلْمَالِ ، . . . .

(**وليس له مال مدفون تحته**) لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يكون معه رُقْعة مكتوب فيها : أن تحته دفيناً له أو لا ، وهو كذلك ؛ كما لو رأينا رقعة مع البالغ ؛ فإنه لا يحكم له به ، وصحح الغزالي : أنه له ؛ لقرينة المكتوب(١) .

(**وكذا ثياب وأمتعة موضوعة بقربه في الأصحّ**) ـ أي : حيث يضع الكبير متاعه في العادة ـ كالبعيدة ، ويفارق البالغ ؛ لأن له رعايةً ، **والثاني** : أنها له ؛ لأن مثل هـٰذا يثبت اليد والاختصاص في حقِّ البالغ ، ألا ترىٰ أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له .

وعكس الماوردي ذلك ؛ فحكم بأن ما يقرب البالغَ ليس له ، بخلاف الصبي ؛ لأن الكبير يمكنه إمساك ما يقربه ، فإذا لم يفعل . . ارتفعت يده عنه ، بخلاف الصبي ، فجاز أن ينسب إلىٰ ملكه وأنه حكم ما في يده(٢) .

قال المصنف في « نكته » : **ومحلُّ الخلاف في المال** : إذا لم يكن في دار ، فإن كان في دار . . حكمنا له بها ، فهو له ، ونقله الأَذْرَعي عن تصريح الدارمي .

(**فإن لم يُعرف له مال**) خاصّ ولا عامّ (. . **فالأظهر : أنه ينفق عليه من بيت المال**) مجّاناً من سهم المصالح ؛ لأن عمر استشار الصحابة في ذلك ، فأجمعوا علىٰ أنها في بيت المال(٣) ، وسواء المحكوم بإسلامه وكفره **على الأصحّ** ؛ إذ لا وجه لتضييعه .

---

(١) الوجيز (ص ٢٨٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٤٦٩ـ ٤٧٠) .

(٣) قال الحافظ ابن حجر رحمه الله تعالىٰ في « التلخيص » (٤/ ٢٠١٤) : (وكذا أورده الماوردي في « الحاوي » ، والشيخ في « المهذب » ، ولم أقف له علىٰ أصل ، وإنما يعرف ما تقدم من قصة أبي جميلة أن عمر قال : وعلينا نفقته من بيت المال ، ولم يُنقل أن أحداً من الصحابة أنكر عليه) ، وحديث أبي جميلة أخرجه البخاري في الشهادات ، باب : إذا زكىٰ رجل رجلاً . . كفاه تعليقاً ، ومالك في « الموطأ » (٢/ ٧٣٨) ، والشافعي في « المسند » (٨٥٨) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . قَامَ ٱلْمُسْلِمُونَ بِكِفَايَتِهِ قَرْضاً ، وَفِي قَوْلٍ : نَفَقَةً . وَلِلْمُلْتَقِطِ ٱلِاسْتِقْلاَلُ بِحِفْظِ مَالِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ إِلاَّ بِإِذْنِ ٱلْقَاضِي قَطْعاً . . . .

والقول الثاني : يستقرض له الإمام من بيت المال أو من آحاد الناس ، فإن تعذّر . . جمع الأغنياء وعدّ نفسه منهم وقسّطها عليهم ؛ لأن مال بيت المال يصرف إلىٰ ما لا وجه له سواه ، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً ، فنفقته علىٰ سيده ، أو حرّاً له مال أو قريب ، فنفقته في ماله أو علىٰ قريبه .

(**فإن لم يكن**) في بيت المال شيء ، أو كان ثَمّ ما هو أهم منه ؛ كسد ثغر يعظم ضرره لو تُرِك (. . **قام المسلمون بكفايته**) إذ لا يحلّ تضييعه (**قرضاً**) كما يُبذَل الطعام للمضطر بالعوض ، فإن بان رقيقاً . . رجعوا علىٰ سيده ، أو حرّاً وله مال أو قريب . . فالرجوع عليه ، فإن لم يكن له قريب ولا مال ولا كسب . . قضى الإمام حقّهم من بيت المال من سهم الفقراء والمساكين والغارمين كما يراه ، كذا قاله الرافعي ، قال في « زيادة الروضة » : اعتباره القريبَ غريبٌ قلَّ من ذكره ، **وهو ضعيف** ؛ فإن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان[1] .

قال الأَذْرَعي : وهٰذا الاعتراض ضعيف جداً ، والرجوع على القريب الموسر بالقرض صحيح ؛ فإنه في نفس الأمر اقتراض عليه وإنفاق عنه ؛ كما في حقِّ السيد ، فلا سقوط .

وممن صرح بالرجوع أصحاب « الحاوي » و« البحر » و« المهذب » و« البيان »[2] ، وعزي للقاضي الحسين ، ولا أحسب فيه خلافاً .

(**وفي قول : نفقةً**) لأنه محتاج عاجز ؛ كالمجنون والصغير والزمِن .

(**وللملتقطِ الاستقلال بحفظ ماله في الأصحِّ**) لأنه مستقل بحفظ المالك ، فمالُه أولىٰ ، **والثاني** : لا بدّ من إذن القاضي ؛ لعدم ولايته عليه .

(**ولا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي قطعاً**) لأن ولاية المال لا تثبت للقريب غير الأب ، والجد ، فالأجنبي أولىٰ ، فإن أنفق بغير إذنه . . ضمن .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٣٩١) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٢٥) .
(٢) الحاوي الكبير (٩/ ٤٧٥) ، المهذب (١/ ٥٦٨) ، البيان (٨/ ١٧) .

فصل
[في الحكم بإسلام اللقيط]

إِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ بِدَارِ ٱلإِسْلاَمِ وَفِيهَا أَهْلُ ذِمَّةٍ ، أَوْ بِدَارٍ فَتَحُوهَا وَأَقَرُّوهَا بِيَدِ كُفَّارٍ صُلْحاً أَوْ بَعْدَ مِلْكِهَا بِجِزْيَةٍ وَفِيهَا مُسْلِمٌ . . حُكِمَ بِإِسْلاَمِ ٱللَّقِيطِ . وَإِنْ وُجِدَ بِدَارِ كُفَّارٍ . . فَكَافِرٌ إِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا مُسْلِمٌ ، . . . .

وما ادعاه من القطع أشار إليه في « المحرر » تبعاً للإمام ، لكن حكى الرافعي فيه خلافاً في (الدعاوىٰ) في (مسألة الظفر) واستغربه ، وصرح الماوردي بحكايته هنا[1] .

والصورة : حيث أمكنه مراجعة الحاكم ، وإلا . . أنفق بنفسه بشرط الإشهاد .

* * *

(**فصل : إذا وجد لقيط بدار الإسلام وفيها أهل ذمة ، أو بدار فتحوها**) أي : المسلمون (**وأقروها بيد كفار صلحاً أو بعد ملكها بجزية وفيها مسلم**) يمكن أن يولد له ذلك اللقيط (. . **حكم بإسلام اللقيط**) تغليباً للدار والإسلام ، وفي « مسند الإمام أحمد » : « ٱلإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَىٰ »[2] .

وقوله : (وفيها أهل ذمة) : ليس بقيد ، لكنه يفهم منه الحكم بإسلامه إذا لم يكن فيها من بابٍ أولىٰ ، ولو قال : (ولو كان فيها أهل ذمة) . . لكان أوضح .

واحترز بقوله : (وفيها مسلم) : عما إذا لم يكن فيها مسلم ؛ فإنه كافر **على الأصحِّ** .

(**وإن وجد بدار كفار . . فكافر إن لم يسكنها مسلم**) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به .

---

(١) المحرر (ص٢٥٣) ، نهاية المطلب (٨/٥٠٨) ، الشرح الكبير (١٣/١٤٩) ، الحاوي الكبير (٩/٤٧٣) .

(٢) قال المحدث العجلوني في « كشف الخفاء » (١/١٢٧) : (رواه الدارقطني ، والضياء في « المختارة ، والروياني عن عائذ بن عمرو المزني رفعه ، والطبراني والبيهقي عن معاذ رفعه ، وعلقه البخاري في « صحيحه » والمشهور على الألسنة زيادة « عليه » آخراً ، بل هي رواية أحمد) ، ولم أهتد على الحديث في « المسند » بهـٰذا اللفظ والذي وجدته فيه (٥/٢٣٠) بلفظ « الإسلام يزيد ولا ينقص » عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وكأن المطبوع فيه نقص ، والله تعالىٰ أعلم .

وَإِنْ سَكَنَهَا مُسْلِمٌ كَأَسِيرٍ وَتَاجِرٍ . . فَمُسْلِمٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِٱلدَّارِ فَأَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيِّنَةً بِنَسَبِهِ . . لَحِقَهُ وَتَبِعَهُ فِي ٱلْكُفْرِ ، وَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَى ٱلدَّعْوَىٰ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يَتْبَعُهُ فِي ٱلْكُفْرِ ، وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِ ٱلصَّبِيِّ بِجِهَتَيْنِ أُخْرَيَيْنِ لاَ تُفْرَضَانِ فِي لَقِيطٍ : إِحْدَاهُمَا : ٱلْوِلاَدَةُ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهِ مُسْلِماً وَقْتَ ٱلْعُلُوقِ . . فَهُوَ مُسْلِمٌ ، . . . . . .

واحترز بقوله : (يسكنها) : عن المجتاز ؛ فلا أثر له ، وقال الفُوراني : إذا اجتاز بها مسلم . . فهو مسلم ، فإن أنكره . . قبل في نسبه دون إسلامه .

(**وإن سكنها مسلم ؛ كأسير** وتاجر . . **فمسلم في الأصحِّ**) تغليباً للإسلام ، **والثاني** : كافر ؛ تغليباً للدار .

قال الإمام : ويشبه أن يكون الخلاف فيمن ينتشر إلا أنه ممنوع من الخروج من البلدة ، أما المحبوس في مطمورة . . فيتجه أنه لا أثر له ؛ كما لا أثر للمجتاز[1] .

وتعبيره بالسكنىٰ هنا ولم يعتبر السكنىٰ فيما سبق ، بل كونه فيها . . **ظاهره** : أنه لا فرق بين أن يكون المسلم ساكناً مستوطناً ، أو مقيماً لم يرد الاستيطان ، أو مجتازاً ، **قال شيخنا** : **وهو الظاهر** ؛ تغليباً لحرمة دار الإسلام .

(**ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي بينةً بنسبه** . . **لحقه وتبعه في الكفر**) وارتفع ما ظنناه من إسلامه ؛ لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوىٰ من اليد المجردة .

(**وإن اقتصر على الدعوىٰ**) أي : استلحقه من غير بينة (. . **فالمذهب** : **أنه لا يتبعه في الكفر**) ونسبه ثابت اتفاقاً ؛ لأنا قد حكمنا بإسلامه ، فلا يغير بمجرد دعوىٰ كافر .

والطريق الثاني فيه : قولان ؛ **أحدهما** : هـٰذا ، **والثاني** : يتبعه فيه ؛ تبعاً لنسبه .

(**ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أُخريين لا تفرضان في لقيط**) وإنما ذُكرتا في (باب اللقيط) استطراداً .

(**إحداهما** : **الولادة** ، **فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقتَ العُلوق** . . **فهو مسلم**) بالإجماع ؛ لأنه جزء من مسلم ، وتغليب الإسلام واجب ، قال تعالىٰ : ﴿ بَلْ نَقْذِفُ

---

(١) نهاية المطلب (٨/ ٥٣٤) .

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْراً . . فَمُرْتَدٌّ ، وَلَوْ عَلِقَ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا . . حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ ، . . . .

بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ ﴾ ، ولا يضر ما يطرأ بعد العلوق منهما من ردة ، (**فإن بلغ ووصف كفراً . . فمرتد**) لأنه كان مسلماً ظاهراً وباطناً .

(**ولو عَلِق بين كافرين ثم أسلم أحدهما**) قبل بلوغه(. . **حكم بإسلامه**) في الحال ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ﴾[1] ، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلىٰ .

ومن بلغ مجنوناً كالطفل في التبعية ، وكذا من جُنّ بعد بلوغه **على الأصحِّ** .

وذكر ابن حزم الظاهري : أن ولد الكافرة الحربية والذمية من زنا أو إكراه . . مسلم ولا بدّ ؛ لأنه وُلِد على الإسلام وليس له أبوان يخرجانه منه[2] ، ولم يذكر في ذلك خلافاً عن أحد .

وكلام المصنف قد يوهم قصره على الأبوين ، وليس كذلك ، بل إسلام أحد الأجداد والجدات كذلك ، سواء الوارث وغيره ؛ كأب الأم إن لم يكن الأب حيّاً ، وكذا إن كان **على الأقرب في** « **الرافعي** » **والأصحِّ في** « **الروضة** » ، وقال الشيخ أبو حامد : **إنه الأشبه** ؛ لأن سبب التبعية القرابة ، ولا يختلف بحياة الأب وموته ؛ كسقوط القصاص ، وحد القذف[3] ، ورجح ابن الرفعة والسبكي مقابله ، وهو ما نقله القاضي الحسين عن المذهب وجزم به الحَليمي وغيره ، وقال القاضي تقي الدين ابن رَزِين : **إنه الحق** وإنّ كلام الرافعي خارج عن المذهب ؛ لأن الجد لا ولاية له في حياة الأب[4] .

---

(١) في (أ) : (والذين آمنوا وأتبعناهم ذرياتهم بإيمان ألحقناهم ذرياتهم) ، وفي غير (أ) : (والذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بإيمان ألحقنا بهم ذرياتهم) ، ما في (أ) هي قراءة أبي عمرو بن العلاء إلاّ (ذرياتهم) الثانية فهي من قراءة غير الكوفيين وابنِ كثير وأبي عمرو ، وانظر « النشر في القراءات العشر » (٢/ ٢٧٣ ، ٣٧٧) .

(٢) المحلّىٰ (٧/ ٣٢٤) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٣٩٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٣٠) .

(٤) كفاية النبيه (١١/ ٥٠١) ، المنهاج في شعب الإيمان (١/ ١٦١) .

فَإِنْ بَلَغَ وَوَصَفَ كُفْراً . . فَمُرْتَدٌّ ، وَفِي قَوْلٍ : كَافِرٌ أَصْلِيٌّ . ٱلثَّانِيَةُ : إِذَا سَبَىٰ مُسْلِمٌ طِفْلاً . . تَبِعَ ٱلسَّابِيَ فِي ٱلإِسْلاَمِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدُ أَبَوَيْهِ ، . . . .

وهـٰذا كله في ولد موجود قبل إسلام الجد ، وكذا فيما انعقد بعد إسلامه ؛ كما قاله القاضي الحسين ، أما إذا مات الجد والأب حي ثم حدث له بعد ذلك ولد . . قال السبكي : لم أر في المسألة نقلاً ، وقد يقال : بعدم الاستتباع ؛ لأن الاستتباع يليق بالحي لا بالميت ، وقد يقال : بالاستتباع ، وتمكين من يحتمل إسلامه من الكفر صعب .

(فإن بلغ ووصف كفراً . . فمرتد) لسبق الحكم بإسلامه ، فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد ، (وفي قول : كافر أصلي) لأنه كان محكوماً بكفره أوّلاً وأزيل ذلك بالتبعية ، فإذا استقل . . انقطعت التبعية ، ووجب اعتباره بنفسه .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم يصدر منه بعد البلوغ وصفُ الإسلام ، فإن وصفه ثم وصف الكفر . . فمرتد قطعاً .

(الثانية : إذا سبىٰ مسلم طفلاً) أو مجنوناً (. . تبع السابي في الإسلام إن لم يكن معه أحد أبويه) لأنه صار تحت ولايته ؛ كالأبوين ، وسواء كان السابي بالغاً أم لا ، عاقلاً أو مجنوناً ؛ كما نقلاه في (باب قسم الغنيمة) عن البغوي ، وجزم به القاضي في « فتاويه »[1] .

واحترز بقوله : (إن لم يكن معه أحد أبويه) : عما إذا كان أحدهما معه ؛ فإنه لا يحكم بإسلامه قطعاً ؛ فإن تبعيتهما أقوىٰ من تبعية السابي ، وصرح به في « المحرر »[2] ، وعن المزني : أنه مسلم وإن سبي مع الأبوين .

وعلى الأصحِّ : لو مات أبواه بعد سبيه معهما . . استقر كفره ولم نحكم بإسلامه ؛ لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي .

ومعنىٰ كونه معه أحدُ أبويه : أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونهما في ملك رجل واحد ، فإن كانا في عسكرين . . تبع السابي .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٥٤) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٧١) .
(٢) المحرر (ص ٢٥٤) .

وَلَوْ سَبَاهُ ذِمِّيٌّ . . لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلاَمِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ إِسْلاَمُ صَبِيٍّ مُمَيِّزٍ ٱسْتِقْلاَلاً عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

وقوله : (إن لم يكن معه أحد أبويه) : قد يقتضي : أن الأجداد ليسوا كذلك ، لكن صرح ابن الرفعة بإلحاق الجد بالأب إذا قلنا : يتبعه في الإسلام[1] .

(**ولو سباه ذمي . . لم يحكم بإسلامه في الأصحِّ**) لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده الإسلام ، فغيره أولىٰ ، **والثاني** : يحكم بإسلامه تبعاً للدار .

وعلى الأول : لو سبي أبواه ثم أسلما . . لم يصر مسلماً بإسلامهما ، قاله الحليمي[2] .

وينتظم منه لغز فيقال : طفل محكوم بكفره أسلم أبواه ولم يتبعهما في الإسلام .

(**ولا يصحُّ إسلام صبي مميز استقلالاً على الصحيح**) لأنه غير مكلف ، فأشبه غير المميز والمجنون ، **والثاني** : أنه يصحُّ إسلامه ، حتىٰ يرثُ من قريبه المسلم ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم دعا عليّاً إلى الإسلام قبل بلوغه فأجابه[3] .

وأجاب الأول عن قصة إسلام علي رضي الله عنه : بأن الأحكام إنما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة ؛ كما قاله البيهقي في « المعرفة »[4] ، وقد روى القاضي أبو الطيب عن الإمام أحمد أن علياً كان بالغاً .

والثالث : أنه موقوف ، فإن بلغ واستمر علىٰ كلمة الإسلام تبينَّا كونه مسلماً من يومئذ ، وإن وصف الكفر . . تبينَّا أنه كان لغواً ، وقد يعبر عن هـٰذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً ، **والرابع** : أنه لا يصحُّ ظاهراً ويصحُّ باطناً إذا أضمره .

وعلى الأول : **الأصحّ** : يحال بينه وبين أبويه الكافرين ؛ استحباباً ، **وقيل** : وجوباً ؛ لئلا يفتناه ، فإن بلغ ووصف الكفر . . هدد وطولب بالإسلام ، فإن أصر . . ردَّ إليهم .

---

(١) كفاية النبيه (١٦/٤٢٦) .
(٢) المنهاج في شعب الإيمان (١/١٦٣) .
(٣) أخرجه الحاكم (٣/١١١) ، والترمذي (٣٧٣٤) ، وأحمد (١/٣٧٣) بمعناه عن ابن عباس رضي الله عنهما .
(٤) معرفة السنن والآثار (٩/٩٥) .

فَصْلٌ

[في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك]

إِذَا لَمْ يُقِرَّ ٱللَّقِيطُ بِرِقٍّ . . فَهُوَ حُرٌّ إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ أَحَدٌ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِهِ لِشَخْصٍ فَصَدَّقَهُ . . قُبِلَ إِنْ لَمْ يَسْبِقْ إِقْرَارُهُ بِحُرِّيَّةٍ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ أَلاَّ يَسْبِقَ تَصَرُّفٌ يَقْتَضِي نُفُوذُهُ حُرِّيَّةً كَبَيْعٍ وَنِكَاحٍ ، بَلْ يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ ٱلرِّقِّ وَأَحْكَامِهِ ٱلْمُسْتَقْبَلَةِ لاَ ٱلْمَاضِيَةِ ٱلْمُضِرَّةِ بِغَيْرِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

(**فصل : إذا لم يقر اللقيط** برق . . **فهو حر**) بالإجماع ؛ كما حكاه ابن المنذر[1] ؛ لأن الغالب في الناس الحرية ، (**إلا أن يقيم أحد بينة برقه**) فيعمل بها ؛ كما سيأتي .

(**وإن أقر به**) أي : بالرقّ (**لشخص فصدقه . . قبل إن لم يَسبق إقراره بحرية**) كسائر الأقارير ، **وفي قول** : لا يقبل ؛ للحكم بحريته بالدار ، فلو كذبه . . لم يثبت الرقُّ ، ولو صدقه بعد ذلك ؛ فإن سبق إقراره بالحرية بعد البلوغ . . لم يقبل إقراره بعده **على الأصحِّ** ؛ لأنه بالإقرار الأول التزم أحكام الأحرار ، فلم يملك إسقاطها .

(**والمذهب : أنه لا يشترط**) في صحة إقراره بالرقِّ (**ألا يسبق تصرف يقتضي نفوذه حرية ؛ كبيع ونكاح ، بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه المستقبلة**) فيما له وعليه ، أما فيما عليه . . فلأنه أقرّ بحقٍّ عليه فيؤاخذ به ؛ كسائر الأقارير ، وأما فيما له . . فقياساً علىٰ إقرار المرأة بالنكاح ؛ فإنه يصحُّ **على الجديد** وإن تَضَمَّن ثبوت حقٍّ لها .

وأشار بالتعبير بـ(المذهب) : إلىٰ طريقين : **أحدهما** : القطع بثبوت أحكام الأرقاء في المستقبل ، **وثانيهما** : فيه قولان ؛ **ثانيهما** : أنه يبقىٰ علىٰ أحكام الحرية مطلقاً .

(**لا الماضيةِ المضرة بغيره في الأظهر**) كما لا يقبل الإقرار على الغير بدين ونحوه ، **والثاني** : يقبل ؛ لأن الإقرار لا يتجزأ ، ويصير إقراره كقيام البينة .

ولو قامت بينة برقه . . قبلت مطلقاً ، أما المضرة به . . فتقبل قطعاً .

---

(١) الإجماع (ص ١٤٨) .

فَلَوْ لَزِمَهُ دَيْنٌ فَأَقَرَّ بِرِقٍّ وَفِي يَدِهِ مَالٌ. . قُضِيَ مِنْهُ ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ رِقَّهُ مَنْ لَيْسَ فِي يَدِهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ. . لَمْ يُقْبَلْ ، وَكَذَا إِنِ ٱدَّعَاهُ ٱلْمُلْتَقِطُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ رَأَيْنَا صَغِيراً مُمَيِّزاً أَوْ غَيْرَهُ فِي يَدِ مَنْ يَسْتَرِقُّهُ وَلَمْ يُعْرَفِ ٱسْتِنَادُهَا إِلَى ٱلْتِقَاطٍ. . حُكِمَ لَهُ بِٱلرِّقِّ ، فَإِنْ بَلَغَ وَقَالَ : (أَنَا حُرٌّ). . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي ٱلأَصَحِّ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ . وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِرِقِّهِ. . عُمِلَ بِهَا ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ تَتَعَرَّضَ ٱلْبَيِّنَةُ . . . .

(**فلو لزمه دين فأقر برق وفي يده مال. . قضي منه**) ولا يجعل للمقر له بالرقِّ إلا ما فضل عن الدين ، فإن بقي من الدين شيء. . اتبع به إذا عتق ، وهـٰذا تفريع علىٰ عدم القبول فيما يضر غيره ، أما إذا قبلناه مطلقاً. . فالمال لمن أقر له بالرقِّ والدينُ في ذمته .

(**ولو ادعىٰ رقه من ليس في يده بلا بينة. . لم يقبل**) إذ الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا بحجة ، بخلاف النسب ؛ فإن قبوله مصلحة للصبي وثبوت حقٍّ له .

(**وكذا إن ادعاه الملتقط في الأظهر**) لأن الأصل الحريةُ ، فلا يزال بمجرد الدعوىٰ ، **والثاني** : يقبل ؛ كما لو التقط مالاً وادّعاه ولا منازعَ له .

وفرق **الأول** : بأن المال مملوك وليس في دعواه تغييرُ صفة له ، واللقيط حرٌّ ظاهراً وفي دعواه تغيير صفته .

(**ولو رأينا صغيراً مميزاً أو غيره في يد من يسترقه**) أي : يدعي رقَّه ، (**ولم يعرف استنادها إلى التقاط. . حكم له بالرق**) **على الأصحِّ** ؛ عملاً باليد والتصرف ، **وقيل** : لا ؛ كاللقيط ، **فعلى الأول** : لا يؤثر تكذيب المميز **على الأصحِّ** .

نعم ؛ يحلف المدعي وجوباً ، **وقيل** : ندباً .

(**فإن بلغ وقال : « أنا حر ». . لم يقبل قوله في الأصحِّ إلا ببينة**) لأنا قد حكمنا برقه في صغره فلا نرفعه إلا بحجة ، لكن له تحليف السيد ؛ كما نقلاه عن البغوي وأقراه ، وقاله الماوردي أيضاً(١) ، **والثاني** : يقبل ؛ لأنه الآن من أهل القول ، ولا نظر إلىٰ ما حكمنا به من قبلُ .

(**ومن أقام بينة برقه. . عُمل بها**) لظهور فائدتها ، (**ويشترط أن تتعرض البينة**

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٤٢٢) ، روضة الطالبين (٥/ ٤٤٤) ، الحاوي الكبير (٢١/ ٤٠٢ـ٤٠٣) .

لِسَبَبِ ٱلْمِلْكِ ، وَفِي قَوْلٍ : يَكْفِي مُطْلَقُ ٱلْمِلْكِ . وَلَوِ ٱسْتَلْحَقَ ٱللَّقِيطَ حُرٌّ مُسْلِمٌ . . لَحِقَهُ وَصَارَ أَوْلَىٰ بِتَرْبِيَتِهِ ، وَإِنِ ٱسْتَلْحَقَهُ عَبْدٌ . . لَحِقَهُ ، وَفِي قَوْلٍ : يُشْتَرَطُ تَصْدِيقُ سَيِّدِهِ ، وَإِنِ ٱسْتَلْحَقَتْهُ ٱمْرَأَةٌ . . لَمْ يَلْحَقْهَا فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

لسبب الملك) من إرث وشراء وغيرهما ؛ لئلا يعتمد ظاهر يده وتكون عن التقاط ، **(وفي قول : يكفي مطلق الملك)** كسائر الأموال .

(ولو استلحق اللقيطَ حرٌّ مسلم) ذكر **(. . لحقه)** أي : بالشروط السابقة في الإقرار ؛ لأنه أقر له بحقٍّ لا ضرر فيه علىٰ غيره ، فأشبه ما لو أقر له بمال ، وحكى الإمام فيه الإجماع(1) .

وقوله : (مسلم) : لا مفهوم له ؛ فإن للكافر استلحاقَه ، ولا يتبعه في كفره ؛ كما سبق .

(وصار أولىٰ بتربيته) من اللاقط ؛ لأن كفالة الأجنبي للضياع ، وقد زالت بوجود الأب .

(وإن استلحقه عبد . . لحقه) لأنه كالحرِّ في أمر النسب ؛ لإمكان حصوله منه بنكاح أو وطء شبهة ، لكن لا يسلم اللقيط إليه ؛ لأنه لا يتفرغ ، ولا نفقة عليه ؛ إذ لا مال ، فيقر بيد الملتقط وينفق عليه من بيت المال ، **(وفي قول : يشترط تصديق سيده)** لما فيه من قطع الإرث المتوهم علىٰ تقدير عتقه .

وأجاب الأول : بأنه لا عبرة بهٰذا ؛ لأن من استلحق ابناً وكان له أخ . . يقبل استلحاقه .

(وإن استلحقته امرأة . . لم يلحقها في الأصحِّ) لإمكان إقامة البينة بالولادة من طريق المشاهدة ، بخلاف الرجل ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع(2) ، **والثاني** : يلحقها ؛ لأنها أحد الأبوين ، فصارت كالرجل ، **والثالث** : يلحق بالخليّة دون المزوَّجة ؛ لتعذر الإلحاق بها دونه ، وإذا لحقها ولها زوج . . لم يلحقه **على المذهب** .

---

(1) نهاية المطلب (٨/٥٤٧) .

(2) الإجماع (ص ١٤٩) .

أَوِ ٱثْنَانِ . . لَمْ يُقَدَّمْ مُسْلِمٌ وَحُرٌّ عَلَىٰ ذِمِّيٍّ وَعَبْدٍ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ . . عُرِضَ عَلَى ٱلْقَائِفِ فَيَلْحَقُ مَنْ أَلْحَقَهُ بِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ ، أَوْ تَحَيَّرَ ، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا ، أَوْ أَلْحَقَهُ بِهِمَا . . أُمِرَ بِٱلِانْتِسَابِ بَعْدَ بُلُوغِهِ إِلَىٰ مَنْ يَمِيلُ طَبْعُهُ إِلَيْهِ مِنْهُمَا ، وَلَوْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُتَعَارِضَتَيْنِ . . سَقَطَتَا فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

(أو) استلحقه (اثنان . . **لم يقدم مسلم وحر علىٰ ذمي وعبد**) لأن كلَّ واحد منهما لو انفرد . . كان أهلاً ، فأشبه المسلمَين أو الحرَّين .

وكان الأحسن أن يقول : (كافر) لئلا يوهم قصر الحكم على الذمي .

(**فإن لم تكن**) لواحد منهما (**بينة**) أو كان لكلٍّ واحد منهما بينة (. . **عرض على القائف فيلحق من ألحقه به**) لأن لها أثراً في الأنساب عند الاشتباه ؛ كما سيأتي بيانه ، حيث ذكره المصنف في آخر (الدعوىٰ والبينات) إن شاء الله تعالىٰ ، فإن كان لأحدهما بينة . . قضىٰ بها .

(**فإن لم يكن قائف**) في البلد أو دون مسافة القصر ؛ كما نقله الرافعي في (العدد) عن الروياني وأقره ، وسبقه إليه الماوردي[١] ، وفسره الفوراني بألا يوجد في الدنيا[٢] ، (**أو**) وجد ولكن (**تحيّر ، أو نفاه عنهما ، أو ألحقه بهما . . أمر بالانتساب بعد بلوغه إلىٰ من يميل طبعه إليه منهما**) بحكم الجبلة لا بمجرد التشهي ؛ لأن طباع الولد تميل إلىٰ والده وتَجذِبُه .

وقوله : (بعد بلوغه) : **هو الصحيح ، وقيل** : بعد تمييزه ولا يعتبر البلوغ ؛ كالحضانة ، وهو ظاهر إطلاق « المحرر » ، وهو من زيادة الكتاب على « المحرر » ، وكذا قوله : (أو ألحقه بهما)[٣] .

(**ولو أقاما بينتين متعارضتين . . سقطتا في الأظهر**) لما سيأتي في (باب الدعوىٰ والبينات) .

---

(١) الشرح الكبير (٩/ ٤٦٧) ، الحاوي الكبير (١٤/ ٣٥٢) .

(٢) نقل ابن الملقن [٢/ ١٠١٨] هـٰذا عن الماوردي ، وغلطه الأذْرَعي وقال : إن الصواب : الفوراني . اهـ هامش (أ) .

(٣) المحرر (ص ٢٥٥) .

. . . .

وتعبيره بـ(الأظهر) : لا يستقيم ؛ فإن مقابل التساقط في غير هـٰذا الباب : تستعملان ، وفيه أقوال الوقف ، القسمة ، القرعة ، ولا مجيء للأولين هنا قطعاً ، ولا للثالث **على الأصحِّ** ؛ لأن القائف أولىٰ من القرعة .

وعبارة « الروضة » : (أقام كلٌّ واحد بينة بنسبه وتعارضتا ، ففي التعارض في الأموال قولان ؛ **أظهرهما** : التساقط ، فعلىٰ هـٰذا : تسقطان أيضاً هنا **على الصحيح** ، ويرجع إلىٰ قول القائف ، **وقيل** : لا تسقطان وترجح إحداهما بقول القائف ، ولا يختلف المقصود على الوجهين)[1] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٥/ ٤٤٠) .

كتاب الجعالة

هِيَ كَقَوْلِهِ : (مَنْ رَدَّ آبِقِي . . فَلَهُ كَذَا) ، وَيُشْتَرَطُ صِيغَةٌ تَدُلُّ عَلَى ٱلْعَمَلِ بِعِوَضٍ مُلْتَزَمٍ ، . . . .

(كتاب الجعالة)

هي مثلثة الجيم ؛ كما قاله ابن مالك في « مثلثته » ، واقتصر المصنف في « تحريره » و« تهذيبه » على الكسر[1] ، وهي ما يجعل للإنسان علىٰ شيء يفعله .

والأصل فيها : قوله تعالىٰ : ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ ، وكان حمل البعير معلوماً عندهم ؛ كالوَسْق ، وقد ورد في شرعنا تقريره ، وهو حديث رُقية اللديغ علىٰ قطيع من الغنم ، متفق عليه[2] ، ولأن الحاجة تدعو إليها في ردّ ضالة وآبق وعمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع بردِّه ، ولا تصحُّ الإجارة علىٰ ردِّه ؛ للجهالة بمكانه ، فجاز بالجعالة ؛ كالإجارة والقِراض .

(**هي كقوله**) أي : قولِ مطلق التصرف : (« من رد آبقي » أو دابتي الضالةَ (. . فله كذا ») وإن لم يكن فيه خطاب لمعيّن ؛ للآية ، واحتمل إبهام العامل ؛ لأنه ربما لا يهتدي إلىٰ تعيين الراغب في العمل ، وإذا صحَّ مع إبهام العامل . . صحَّ مع تعيينه من بابٍ أولىٰ ؛ كقوله : (إن رددت عبدي . . فلك كذا) ، و(إن رد زيد آبقي . . فله كذا) فإنه يستحقُّ الجعل بردِّه قطعاً .

ويشترط في المجعول له : أهلية العمل فقط ؛ كما جزم به الرافعي ، حتىٰ يشملُ الصبي والعبد ، وبه صرح الماوردي هنا ، لكنه خالفه في (السير) فقال : لا يستحقّ الصبي إذا ردَّه ، وكذا العبد بغير إذن السيد[3] .

(**ويشترط : صيغة تدل على العمل بعوض**) معلوم مقصود (**مُلتزَم**) لأنها معاوضة ، فافتقرت إلىٰ صيغة تدلُّ على المطلوب وقدر المبذول .

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٥) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣/ ٨٩) .
(٢) صحيح البخاري (٢٢٧٦) ، صحيح مسلم (٢٢٠١) ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .
(٣) الشرح الكبير (٦/ ١٩٨) ، الحاوي الكبير (٩/ ٤٦٥) .

فَلَوْ عَمِلَ بِلاَ إِذْنٍ أَوْ أَذِنَ لِشَخْصٍ فَعَمِلَ غَيْرُهُ . . فَلاَ شَيْءَ لَهُ . وَلَوْ قَالَ أَجْنَبِيٌّ : (مَنْ رَدَّ عَبْدَ زَيْدٍ . . فَلَهُ كَذَا) . . ٱسْتَحَقَّهُ ٱلرَّادُّ عَلَى ٱلأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ قَالَ : (قَالَ زَيْدٌ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي . . فَلَهُ كَذَا) ـ وَكَانَ كَاذِباً ـ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ وَلاَ عَلَىٰ زَيْدٍ . وَلاَ يُشْتَرَطُ قَبُولُ ٱلْعَامِلِ وَإِنْ عَيَّنَهُ . وَتَصِحُّ عَلَىٰ عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، وَكَذَا مَعْلُومٌ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

(فلو عمل بلا إذن أو أذن لشخص فعمل غيره . . فلا شيء له) ، أما الأول . . فلأنه لم يلتزم له المالك عوضاً ، فيقع عمله تبرعاً ، وسواء عُرِف بردِّ الضوال أم لا ، وأما الثاني . . فلأنه لم يلتزم لغير المعين شيئاً .

نعم ؛ لو ردَّه عبده . . استحق ؛ لأن يد عبده كيده .

(ولو قال أجنبي : « من ردَّ عبدَ زيد . . فله كذا » . . استحقه الرادُّ على الأجنبي) لأنه الجاعل .

(وإن قال : « قال زيد : من ردَّ عبدي . . فله كذا » ـ وكان كاذباً ـ . . لم يستحق عليه) أي : على الفضولي ؛ لعدم التزامه ، (ولا علىٰ زيد) إن كذبه ؛ لأنه لم يلتزم له شيئاً ، فإن صدقه . . استحقَّ عليه ، قاله البغوي ، قال الرافعي : وكأنّ هـٰذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد خبرُه ، وإلا . . فهو كما لو ردّ غيرَ عالم بإذنه والتزامه[1] .

(ولا يشترط قبول العامل) لفظاً (وإن عينه) لما فيه من التضييق ، بل يكفي الإتيان بالعمل .

(وتصحُّ علىٰ عمل مجهول) لأن الجهالة في العمل إذا احتملت في القِراض توصلاً إلى الربح ولا ضرورة . . فهنا أولىٰ .

وأطلق الشيخان صحتها على المجهول ، وخصّه ابن الرفعة تبعاً للقاضي حسين : بما إذا لم يمكن الضبط[2] ، فإن سهل . . تعين ، ففي بناء حائط : يذكر موضعه وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنىٰ به ، وفي الخياطة : يعتبر وصف الثوب والخياطة ، وفي « شرح التعجيز » لمصنفه نحوه .

(وكذا معلوم) كالخياطة والبناء ونحوهما (في الأصحِّ) لأنه إذا جاز مع

---

(١) التهذيب (٤/ ٥٦٥) ، الشرح الكبير (٦/ ١٩٧) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ١٩٨) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٦٩) ، كفاية النبيه (١١/ ٣٢٣) .

وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْجُعْلِ مَعْلُوماً ، فَلَوْ قَالَ : (مَنْ رَدَّهُ . . فَلَهُ ثَوْبٌ أَوْ أُرْضِيهِ) . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ وَلِلرَّادِّ أُجْرَةُ مِثْلِهِ . . . .

الجهالة . . فمع العلم أولىٰ ، **والثاني** : المنع ؛ للاستغناء بالإجارة .

ويشترط في العمل : كونه فيه كلفة ، غير واجب عليه ، ولا توقيت فيه .

فخرج بالقيد الأول : ما لو قال : (من ردَّ مالي . . فله كذا) ، فرده من كان في يده ؛ فإن كان في ردِّه كلفة ؛ كالآبق . . استحقَّ الجعل ، وإن لم يكن ؛ كالدراهم والدنانير . . فلا ؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض .

وبالقيد الثاني : ما لو قال : (من دلني علىٰ مالي . . فله كذا) ، فدلَّه مَنِ المالُ في يده . . لم يستحق شيئاً ؛ لأن ذلك واجب عليه شرعاً ، فلا يأخذ عليه عوضاً ، وإن كان في يد غيره فدلَّه عليه . . استحقَّ ؛ لأن الغالب أنه تلحقه مشقة بالبحث عنه .

وبالقيد الثالث : ما لو قال : (من ردَّ آبقي إلىٰ شهر . . فله كذا) فإنه لا يصحُّ ؛ كما نقلاه عن القاضي أبي الطيب وأقراه[1] .

(**ويشترط**) لصحة العقد (**كون الجُعل معلوماً**) لأنه عقد جُوّز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض ، بخلاف العمل .

(**فلو قال** : « **من رده . . فله ثوب أو أُرضيه** ») ونحوه (. . **فسد العقد**) لجهالة العوض ، (**وللراد أجرة مثله**) كما في الإجارة الفاسدة ، **ويستثنىٰ مسألتان** :

الأولىٰ : مسألة العلج ؛ وهي ما لو قال الإمام : (من دلَّني علىٰ قلعة كذا . . فله منها جارية) فإنه يصحُّ ، وسيأتي في (السير) .

الثانية : ما إذا قال : (حُجّ عني وأعطيك نفقتك) فإنه جائز علىٰ ما ذكراه في (كتاب الحج) ، لكن نصَّ الشافعي في « الأم » على البطلان[2] .

ومنع بعضهم استثناء الثانية وإن قلنا بالجواز ؛ لأن هـٰذا إرزاق لا جعالة ، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضاً فقال : (حُجّ عني بنفقتك) ، وقد صرح الماوردي في

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٢٠٣ـ٢٠٤) ، روضة الطالبين (٥/ ٢٧٥) .

(٢) الشرح الكبير (٣/ ٣٠٨) ، روضة الطالبين (٣/ ١٨) .

فَلَوْ قَالَ : (مِنْ بَلَدِ كَذَا) فَرَدَّهُ مِنْ أَقْرَبَ مِنْهُ . . فَلَهُ قِسْطُهُ مِنَ ٱلْجُعْلِ . وَلَوِ ٱشْتَرَكَ ٱثْنَانِ فِي رَدِّهِ . . ٱشْتَرَكَا فِي ٱلْجُعْلِ . وَلَوِ ٱلْتَزَمَ جُعْلاً لِمُعَيَّنٍ فَشَارَكَهُ غَيْرُهُ فِي ٱلْعَمَلِ ؛ إِنْ قَصَدَ إِعَانَتَهُ . . فَلَهُ كُلُّ ٱلْجُعْلِ ، . . . .

(كتاب الحج) في هـٰذه الصيغة : بأنها جعالة فاسدة ؛ لجهالة العوض[1] .

(فلو قال : « مِن بلد كذا » فرده من أقرب منه . . فله قسطه من **الجُعل**)[2] إذا صححنا الجعالة على العمل المعلوم ، **وهو الأصحُّ** ؛ لأنه جعل كلَّ الجعل في مقابلة العمل ، فبعضه في مقابلة البعض ، فإن رده من نصف الطريق . . استحق نصف الجعل ؛ كذا أطلقوه ، ويجب فرضه فيما إذا تساوت الطريق في السهولة والحُزُونة ؛ كما أشار إليه ابن الرفعة[3] ، أما لو تفاوتت ؛ بأن كانت أجرةُ النصف في المسافة ضعفَ أجرة النصف الآخر . . فيقابله ثلثا الجعل .

ولو ردَّه من أبعد منه . . لم يستحق زيادة ؛ لعدم الالتزام .

(**ولو اشترك اثنان في رده . . اشتركا في الجُعل**) لحصول الردِّ منهما ، ويقسم بالسوية وإن تفاوت عملهما ؛ لأن العمل لا ينضبط حتىٰ يقعَ التوزيع عليه ، ولو قال : (أيُّ رجل ردَّ عبدي . . فله درهم) ، فردَّه رجلان . . **فالظاهر** : الاشتراك .

(**ولو التزم جُعلاً لمعين**) كقوله : (إن رددت آبقي . . فلك دينار) ، (**فشاركه غيره في العمل ؛ إن قصد إعانته**) مجّاناً أو بعوض منه (. . **فله كلُّ الجُعل**) أي : لذلك المعين ؛ لأن ردَّ الغير بقصد الإعانة له واقع عنه ، ومقصود المالك ردُّ العبد بأي وجه أمكن ، فلا يحمل لفظه علىٰ قصر العمل على المخاطب ، ولا شيء لذلك الغير على المعين إلا أن يَلتزم له أجرَه ويستعينَ به .

واستنبط السبكي من هـٰذا : جواز الاستنابة في الإمامة ونحوِها بشرط : أن يستنيب مثله أو خيراً منه ، ويستحقّ كلّ المعلوم ، قال : وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي بعدم استحقاق واحد منهما ، أما النائب . . فلعدم ولايته إلا أن يأذن له الناظر في

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٦٧) .

(٢) في (ب) و(د) : (وإن قال : « من بلد كذا ») .

(٣) كفاية النبيه (١١/ ٣٣٢ـ ٣٣٣) .

وَإِنْ قَصَدَ ٱلْعَمَلَ لِلْمَالِكِ . . فَلِلأَوَّلِ قِسْطُهُ ، وَلاَ شَيْءَ لِلْمُشَارِكِ بِحَالٍ . وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا ٱلْفَسْخُ قَبْلَ تَمَامِ ٱلْعَمَلِ ، فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ ٱلشُّرُوعِ أَوْ فَسَخَ ٱلْعَامِلُ بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ . . فَلاَ شَيْءَ لَهُ ، . . . .

المباشرة ، ولأنه لم ينصبه الواقف ، وأما المستنيب . . فلأنه لم يأت بالشرط .

قال الزركشي : **ومدركهما في ذلك** : أن الريع ليس من (باب الإجارة) ولا (الجعالة) لأن شرطهما : أن يقع العمل منهما للمستأجر والجاعل ، والعملُ هنا لا يمكن وقوعه للجاعل ، فلم يبق إلا الإباحة بشرط الحضور ، ولم يوجد ، فلا يصحُّ إلحاقه بهـٰذه المسألة .

(**وإن قصد العمل للمالك . . فللأول قسطه ، ولا شيء للمشارك بحال**) لأن المالك لم يلتزم له شيئاً .

(**ولكلٍّ** منهما) أي : من المالك والعامل (**الفسخ قبل تمام العمل**) لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهة الجاعل . . فمن حيث إنها تعليق استحقاق بشرط ، فأشبهت الوصية ، وأما من جهة العامل . . فلأن العمل فيها مجهول ، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم ؛ كالقِراض .

وإنما يتصور الفسخ ابتداءً في العامل المعين ، أما غير المعين . . فلا يتصور الفسخ منه إلا بعد الشروع في العمل .

واحترز بقوله : (قبل تمام العمل) عما بعده ؛ فإنه لا أثر للفسخ ؛ لأن الجعل قد لزم واستقر .

(**فإن فُسخ قبل الشروع أو فسخ العامل بعد الشروع . . فلا شيء له**) **أما في الأولىٰ** . . فلأنه لم يعمل شيئاً ، وسواء فيه فسخه وفسخ المالك ، **وأما في الثانية** . . فلأن الجعل يستحق بتمام العمل ، وهو فوّت عمله باختياره ولم يحصل غرض المالك .

ويستثنىٰ : ما إذا زاد الجاعل في العمل ففسخ العامل لأجل ذلك ؛ فإنه يستحق أجرة المثل ؛ لأن الجاعل ألجأه إلىٰ ذلك ، قاله الرافعي في آخر (المسابقة) ، **قال في** « المهمات » : **وقياسه** : أن يكون كذلك إذا نقص من الجعل[1] .

---

(١) الشرح الكبير (١٢/ ٢٢٤) ، المهمات (٦/ ١٩٩) .

وَإِنْ فَسَخَ ٱلْمَالِكُ بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ . . فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ فِي ٱلْجُعْلِ قَبْلَ ٱلْفَرَاغِ ، وَفَائِدَتُهُ بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ : وُجُوبُ أُجْرَةِ ٱلْمِثْلِ . وَلَوْ مَاتَ ٱلآبِقُ فِي بَعْضِ ٱلطَّرِيقِ أَوْ هَرَبَ . . فَلاَ شَيْءَ لِلْعَامِلِ ، وَإِذَا رَدَّهُ . . فَلَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ لِقَبْضِ ٱلْجُعْلِ . وَيُصَدَّقُ ٱلْمَالِكُ إِذَا أَنْكَرَ شَرْطَ ٱلْجُعْلِ أَوْ سَعْيَهُ فِي رَدِّهِ ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ ٱلْجُعْلِ . . تَحَالَفَا .

(**وإن فسخ المالك بعد الشروع . . فعليه أجرة المثل في الأصحِّ**) لئلا يحبط سعيه بفسخ غيره ، **والثاني** : لا شيء للعامل ؛ كما لو فسخ العامل بنفسه ؛ لأنه عقد جائز من الطرفين .

(**وللمالك أن يزيد وينقص في الجُعل قبل الفراغ**) سواء قبل الشروع أم بعده ؛ لأن ذلك يجوز في البيع في زمن الخيار ، فجوازه فيما العقدُ فيه جائزٌ أولىٰ .

فإذا قال : (من ردَّه . . فله عشرة) ، ثم قال قبل الشروع : (من ردَّه . . فله خمسة) . . الاعتبار بالأخير ، وكذا يجوز تغيير جنسه .

(**وفائدته بعد الشروع : وجوب أجرة المثل**) لأن النداء الأخير فسخُ الأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلىٰ أجرة المثل .

(**ولو مات الآبق في بعض الطريق**) ولو بباب دار المالك قبل أن يسلمه إليه (**أو هرب . . فلا شيء للعامل**) لأنه لم يردَّه ، والاستحقاق معلق بالردِّ وهو المقصود ، ويخالف موت الأجير في الحجِّ في أثناء العمل ؛ فإنه يستحق قسط ما عمل **في الأصحِّ** ؛ لأن القصد بالحجِّ الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض ، والقصد هنا الردُّ ، ولم يوجد .

(**وإذا رده . . فليس له حبسه لقبض الجُعل**) لأن الاستحقاق بالتسليم ، ولا حبس قبل الاستحقاق .

(**ويصدق المالك إذا أنكر شرط الجُعل أو سعيَه في رده**) لأن الأصل عدمُ الشرط والردِّ .

(**فإن اختلفا في قدر الجُعل . . تحالفا**) وللعامل أجرة المثل ؛ كما في القراض والإجارة .

* * *

كتاب الفرائض

يُبْدَأُ مِنْ تَرِكَةِ ٱلْمَيْتِ بِمُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ ، . . . .

(كتاب الفرائض)

الفرائض : جمع فريضة مشتقة من الفرض وهو التقدير ، **وأصل الفرض** : الحزُّ والقطع ، ومنه فُرْضَةُ القوس ، وهي الحز الذي يقع فيه الوتر ، وفرض الخياط الثوب ؛ أي : قطعه ، ولما كان علم الفرائض مشتملاً على السهام المقدرة ، والمقادير المقسطة سمي بذلك .

وأصل الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ﴾ الآيات ، وقوله تعالىٰ : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ ﴾ إلىٰ آخر السورة .

واشتهرت الأخبار بالحث علىٰ تعليمها وتعلمها ؛ **منها** : حديث أبي هريرة رضي الله عنه : « تَعَلَّمُوا ٱلْفَرَائِضَ وَعَلِّمُوهُ ؛ فَإِنَّهُ نِصْفُ ٱلْعِلْمِ ، وَهُوَ يُنْسَىٰ ، وَهُوَ أَوَّلُ عِلْمٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي » رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي وقال : تفرد به حفص بن عمر ، وليس بالقوي (١) .

وفي معنىٰ كونه نصفَ العلم أقوال : **أحسنها** : أنه باعتبار الحال ، فإن حال الناس اثنان : إما حياة أو وفاة ، فالفرائض تتعلق بحال الوفاة ، وسائر العلوم تتعلق بحال الحياة ، فيكون لفظ النصف عبارةً عن الواحد من القسمين وإن لم يتساويا ، قال الشاعر : [من الطويل]

إِذَا مُتُّ كَانَ ٱلنَّاسُ نِصْفَانِ شَامِتٌ ... وَآخَرُ مُثْنٍ بِٱلَّذِي كُنْتُ صَانِعُ

(**يُبْدَأُ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه**) بالمعروف ؛ لأنه محتاج إليها ، وإنما يدفع إلى الوارث ما يستغني عنه المُورِّث ، قال الأستاذ أبو منصور : ومؤنة التجهيز علىٰ حسب العرف في يساره وإعساره ، ولا اعتبار بلباسه في حياته إسرافاً أو تقتيراً وفي « التلقين » لابن سراقة نحوُه ، ويبدأ أيضاً بمؤنة تجهيز من عليه مؤنته ؛ كما نقله في

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٧١٩) ، المستدرك (٤/ ٣٣٢) ، سنن البيهقي (٦/ ٢٠٩) .

ثُمَّ تُقْضَىٰ دُيُونُهُ ، ثُمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ ٱلْبَاقِي ، ثُمَّ يُقْسَمُ ٱلْبَاقِي بَيْنَ ٱلْوَرَثَةِ . **قُلْتُ** : فَإِنْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ ٱلتَّرِكَةِ حَقٌّ كَٱلزَّكَاةِ وَٱلْجَانِي وَٱلْمَرْهُونِ وَٱلْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ ٱلْمُشْتَرِي مُفْلِساً . . قُدِّمَ عَلَىٰ مُؤْنَةِ تَجْهِيزِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

« الروضة » في (باب الفلس) عن نصِّ الشافعي واتفاق الأصحاب(١) .

(**ثم تقضىٰ ديونه**) لقوله تعالىٰ : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ ويبدأ بدين الله تعالىٰ ؛ كالزكاة والكفارة والحجِّ ، ويقدم علىٰ دين الآدمي **علىٰ الأصحِّ** ، (**ثم وصاياه من ثلث الباقي**) للآية المذكورة .

وأتىٰ المصنف بـ(ثم) لينبه علىٰ أن الدَّين مُقدَّم على الوصية ، وحكى القرطبي الإجماع عليه(٢) ، وانفرد أبو ثور ، فقدم الوصية ؛ لظاهر الآية ، وإنما قدمت الوصية في الآية ؛ لأنها لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض . . كان في إخراجها مشقة على الوارث ، فقدمت حثّاً علىٰ إخراجها .

(**ثم يقسم الباقي بين الورثة**) علىٰ ما سيأتي تفصيله .

(**قلت : فإن تعلق بعين التركة حق ؛ كالزكاة والجاني والمرهون والمبيع إذا مات المشتري مفلساً . . قُدِّم علىٰ مؤنة تجهيزه ، والله أعلم**) تقديماً لحقِّ صاحب التعلّق علىٰ حقِّه ؛ كما في حال الحياة لا يقال : لا حاجة إلى استثناء مسألة الزكاة ؛ لأن الأصحَّ تعلقُها بالمال تعلق شركة ، فقدر الزكاة ليس تركة ؛ لأنا نقول : وإن كان التعلق تعلق شركة . . فلم يخرج عن التركة خروجاً كلِّياً ؛ بدليل أن المالك له دفع الزكاة من غيره بغير رضى المستحقين .

وأتىٰ المصنف بـ(كاف) التشبيه ؛ لينبه علىٰ عدم الحصر فيما ذكر ، ووصلها بعض الفضلاء إلىٰ عشر صور ، ونظمها في بيتين فقال : [من الطويل]

يُقَـدَّمُ فِـي ٱلْمِيـرَاثِ نَـذْرٌ وَمَسْكَـنٌ ... زَكَـاةٌ وَمَـرْهُـونٌ مَبِيـعٌ لِمُفْلِـسِ
وَجَـانٍ قِـرَاضٌ ثُـمَّ قَـرْضُ كِتَابَـةٍ ... وَرَدٌّ بِعَيْـبٍ فَـٱحْفَـظِ ٱلْعِلْـمَ تَـرْأَسِ

وقد زدت علىٰ ذلك أربع عشرة مسألة ذكرتُها في كتابي « المواهب السنية في شرح

---

(١) روضة الطالبين (٤/١٤٦) .
(٢) الجامع لأحكام القرآن (٥/٧٣) .

وَأَسْبَابُ ٱلإِرْثِ أَرْبَعَةٌ : قَرَابَةٌ ، وَنِكَاحٌ ، وَوَلاَءٌ ؛ فَيَرِثُ ٱلْمُعْتِقُ ٱلْعَتِيقَ وَلاَ عَكْسَ ، وَٱلرَّابِعُ : ٱلإِسْلاَمُ ؛ فَتُصْرَفُ ٱلتَّرِكَةُ لِبَيْتِ ٱلْمَالِ إِرْثاً إِذَا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ بِٱلأَسْبَابِ ٱلثَّلاَثَةِ . . . .

الأشنهيَّة » ، وأوضحت فيه المسائلَ المذكورة في البيتين فلتطلب منه .

(**وأسباب الإرث أربعة : قرابة ، ونكاح ، ووَلاء**) أما القرابة والنكاح . . فللآية ، وأما الولاء . . فلحديث : « ٱلْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ » صححه ابن حبان والحاكم[1] .

شبه الولاء بالنسب ، والنسب يورث به ، فكذا الولاء .

(**فيرث المعتق العتيق**) للحديث المذكور ، وهو إجماع (**ولا عكس**) أي : لا يرث العتيق المعتق بالإجماع إلا من قد شذ .

(**والرابع : الإسلام ؛ فتصرف التركة**) أي : تركة المسلم (**لبيت المال إرثاً**) للمسلمين (**إذا لم يكن وارث بالأسباب الثلاثة**) المتقدمة ، أو كان ولم يستغرق . . فالباقي لبيت المال ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « أَنَا وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ ، أَعْقِلُ عَنْهُ ، وَأَرِثُهُ » صححه ابن حبان والحاكم[2] .

وهو صلى الله عليه وسلم لا يرث لنفسه ، وإنما يصرف ذلك في مصالح المسلمين ، فهم الوارثون ، **هـٰذا هو المشهور** ، **وفي قول** : أنه يصرف إلىٰ بيت المال علىٰ وجه المصلحة لا علىٰ وجه الإرث ؛ كالمال الضائع ؛ لأنه لا يخلو عن ابن عم وإن بَعُدَ .

وأجيب : بأنه لا يلزم من وجود ابن عم بعيد أن يكون وارثاً ؛ لاحتمال ألا يكون مسلماً .

وقضية كلام الشيخين وغيرهما : استواء جميع المسلمين في ذلك[3] ، وذكر ابن

---

(١) صحيح ابن حبان (٤٩٥٠) ، المستدرك (٤/ ٣٤١) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٢) صحيح ابن حبان (٦٠٣٥) ، المستدرك (٤/ ٣٤٤) ، وأخرجه أبو داوود (٢٩٠١) ، وابن ماجه (٢٦٣٤) ، وأحمد (٤/ ١٣١) عن المقدام بن معدي كرب رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٤٤٧) ، روضة الطالبين (٦/ ٤) .

وَٱلْمُجْمَعُ عَلَىٰ إِرْثِهِمْ مِنَ ٱلرِّجَالِ عَشَرَةٌ : ٱلِابْنُ وَٱبْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ ، وَٱلْأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا ، وَٱلْأَخُ وَٱبْنُهُ إِلاَّ مِنَ ٱلْأُمِّ ، وَٱلْعَمُّ إِلاَّ لِلأُمِّ ، وَكَذَا ٱبْنُهُ ، وَٱلزَّوْجُ ، وَٱلْمُعْتِقُ . وَمِنَ ٱلنِّسَاءِ سَبْعٌ : ٱلْبِنْتُ ، وَبِنْتُ ٱلِابْنِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَٱلْأُمُّ وَٱلْجَدَّةُ وَٱلْأُخْتُ وَٱلزَّوْجَةُ وَٱلْمُعْتِقَةُ . . . .

الرفعة أنه يختص به أهلُ بلده ، ولا يجوز نقله عنهم إذا منعنا نقلَ الزكاة والوصية ، وذكر من نصِّه في « الأم » ما يعضده ، ويدلُّ له ما في « سنن أبي داوود » و« الترمذي » : (أن مولىً لرسول الله صلى الله عليه وسلم خرَّ من عَذْق نخلةٍ فمات ، فأتي به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « هَلْ لَهُ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَحِمٍ ؟ » قالوا : لا ، قال : « أَعْطُوا مِيرَاثَهُ بَعْضَ أَهْلِ قَرْيَتِهِ »)(١) .

(**والمجمع علىٰ إرثهم من الرجال عشرة : الابن وابنه وإن سفل ، والأب وأبوه وإن علا والأخ**) مطلقاً (**وابنه إلا من الأم ، والعمُّ إلا للأم ، وكذا ابنه**) أي : ابن العم للأبوين أو للأب ، لا للأم .

(**والزوج ، والمعتق**) هٰذا منه مغن عن التوجيه، حيث نقل الإجماع فيه ، ويدخل في العم عمُّ الميت وعمُّ أبيه وعمُّ جده وإن علا، ويدخل أبناؤهم في قوله: (وكذا ابنه).

ولو قال : (من الذكور بدل الرجال) . . لكان أولىٰ ، لكن المراد : الجنس ، وكذا في النساء ، فيشمل الأطفال من الذكور والإناث .

واعلم : أن الفقهاء شبهوا عمود النسب بالشيء المتدلي من علو ، فأصل كلِّ إنسان أعلىٰ منه ، وفرعه أسفل منه ، وكان مقتضىٰ تشبيهه بالشجرة أن يكون أصلُه أسفل منه ، وفرعه أعلىٰ ؛ كما في الشجرة ، فيقال : في أصله وإن سفل ، وفي فرعه وإن علا .

(**ومن النساء سبع :**) مجمع علىٰ إرثهن (**البنت ، وبنت الابن وإن سفل ، والأمُّ والجدة**) من الجهتين المُدْلية بوارث ؛ لتَخْرُجَ أمُّ أبي الأم (**والأخت**) مطلقاً (**والزوجة والمعتقة**) **قوله** : (وبنت الابن وإن سفل) كذا حكي عن خط المصنف ، ويقع في

---

(١) سنن أبي داوود (٢٩٠٢) ، سنن الترمذي (٢١٠٥) ، وأخرجه ابن ماجه (٢٧٣٣) ، وأحمد (٦/ ١٨١) عن عائشة رضي الله عنها .

وَلَوِ ٱجْتَمَعَ كُلُّ ٱلرِّجَالِ . . وَرِثَ ٱلأَبُ وَٱلِابْنُ وَٱلزَّوْجُ فَقَطْ ، أَوِ ٱلنِّسَاءِ . . فَٱلْبِنْتُ وَبِنْتُ ٱلِابْنِ وَٱلأُمُّ وَٱلأُخْتُ لِلأَبَوَيْنِ وَٱلزَّوْجَةُ ، أَوِ ٱلَّذِينَ يُمْكِنُ ٱجْتِمَاعُهُمْ مِنَ ٱلصِّنْفَيْنِ . . فَٱلأَبَوَانِ وَٱلِابْنُ وَٱلْبِنْتُ وَأَحَدُ ٱلزَّوْجَيْنِ . وَلَوْ فُقِدُوا كُلُّهُمْ . . فَأَصْلُ ٱلْمَذْهَبِ : أَنَّهُ لاَ يُوَرَّثُ ذَوُو ٱلأَرْحَامِ ، . . . .

بعض النسخ : وإن سفلت ، وليس بجيد ؛ لدخول بنت بنت الابن ، وليست بوارثة .

والأفصحُ أن يقال في المرأة : زوج ، والزوجة لغة مرجوحة ، قال المصنف : واستعمالها في باب الفرائض متعين ؛ ليحصل الفرق بين الزوجين[١] .

(**ولو اجتمع كلُّ الرجالِ**)[٢] ولا يكون إلا والميت أنثىٰ (. . **ورث الأب والابن والزوج فقط**) لأنهم لا يحجبون ، بخلاف البقية ، وتصحُّ من اثني عشر ؛ لأن فيها ربعاً وسدساً ؛ للأب السدس ، وللزوج الربع ، والباقي للابن .

(**أو النساء . . فالبنت وبنت الابن والأم والأخت للأبوين والزوجة**) لما ذكرناه ، وتصحُّ من أربعة وعشرين ؛ لأن فيها سدساً وثمناً ؛ للأم السدس ، وللزوجة الثمن ، وللبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، وللأخت الباقي ، وهو سهم .

(**أو الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين . . فالأبوان والابن والبنت وأحد الزوجين**) لحجبهم من عداهم ويكون الميت فيها رجلاً أو امرأة ؛ فعلىٰ تقدير كونه رجلاً : فأصلها من أربعة وعشرين ، وتصحُّ من اثنين وسبعين ، وعلىٰ تقدير كونه امرأة : أصلها من اثني عشر ، وتصحُّ من ستة وثلاثين .

(**ولو فقدوا كلُّهم . . فأصل المذهب : أنه لا يُوَرَّثُ ذوو الأرحام**) لأنه صلى الله عليه وسلم ركب إلىٰ قباء مستخيراً لله تعالىٰ في العمة والخالة ، فأنزل الله تعالىٰ : « لاَ مِيرَاثَ لَهُمَا » صححه الحاكم[٣] .

وحديث : « إِنَّ ٱللهَ قَدْ أَعْطَىٰ كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ »[٤] فيه إشارة

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٤٦) .

(٢) في (ب) و(د) : (فلو اجتمع كلّ الرجال) .

(٣) المستدرك (٤/٣٤٣) ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

(٤) أخرجه أبو داوود (٣٥٦٥) ، والترمذي (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢٧١٣) عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه .

وَلاَ يُرَدُّ عَلَىٰ أَهْلِ ٱلْفَرْضِ ، بَلِ ٱلْمَالُ لِبَيْتِ ٱلْمَالِ ، وَأَفْتَى ٱلْمُتَأَخِّرُونَ : إِذَا لَمْ يَنْتَظِمْ أَمْرُ بَيْتِ ٱلْمَالِ بِٱلرَّدِّ عَلَىٰ أَهْلِ ٱلْفَرْضِ . . . .

إلىٰ من ذكره الله في كتابه هو الوارث وليس هـٰؤلاء منهم ، وقال المزني وابن سريج بتوريثهم ، قال ابن الرفعة : **ومحلُّ الخلاف** : عند صلاح بيت المال ، لا عند فساده[1] .

(**ولا يُرَدُّ علىٰ أهل الفرض**) ليس هـٰذا متعلقاً بما قبله ؛ إذ الصورة فَقْدُ الكلِّ ، بل هو استئناف لفقد البعض ، فإذا وجد ذو فرض لا يستوعب المال ؛ كالبنتين والأختين . . أخذتا فرضهما ، ولا يردُّ عليهما الباقي ؛ لأن الله تعالىٰ جعل للأخ الكلَّ حيث جعل للأخت النصف ، وفي الردِّ يرفع الفرق .

(**بل المال لبيت المال**) سواء انتظم أمره بإمام عادل يصرفه في جهته أو لم ينتظم ؛ لأن الإرث للمسلمين ، والإمام ناظر ومستوف لهم ، والمسلمون لم يعدموا ، وإنما عدم المستوفي لهم ، فلم يوجب ذلك سقوط حقِّهم .

(**وأفتى المتأخرون : إذا لم ينتظم أمر بيت المال**) بأن لم يكن إمام ، أو كان جائراً ، ولم يجتمع فيه شروط الإمامة (**بالردِّ علىٰ أهل الفرض**) لأن المال مصروف إليهم ، أو إلىٰ بيت المال بالاتفاق ، فإذا تعذرت إحدى الجهتين . . تعينت الأخرىٰ ، وقال في « زيادة الروضة » : **إنه الأصحُّ أو الصحيح عند محققي أصحابنا** ؛ منهم ابن سراقة من كبار أصحابنا ومتقدميهم ، ثم صاحب « الحاوي » ، والقاضي الحسين ، والمتولي ، والخَبْري ، وآخرون[2] .

وتخصيصه بفتوى المتأخرين لا وجه له ، فقد قال ابن سراقة ـ وهو قبل الأربع مئة ـ : هو قول شيوخنا[3] ، **وعليه الفتوى اليوم في الأمصار**[4] .

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٥٢١) .

(٢) روضة الطالبين (٦/٦) .

(٣) في (ب) : (فوق الأربع مئة) ، وهو الأقرب إلى الصحة ؛ لأن ابن سراقة كان حيّاً سنة (٤٠٠هـ) كما قاله الإمام الذهبي في « سير أعلام النبلاء » (١٧/ ٢٨١) ، وقال الإمام السبكي في « الطبقات » (٤/ ٢١١) : (وأراه توفي في حدود سنة عشر وأربع مئة) .

(٤) قال ابن الصلاح في « فتاويه » [٢/ ٤٠٤] : إن كان ذوو الأرحام ممن يستحق في بيت المال مثل هـٰذا =

غَيْرِ ٱلزَّوْجَيْنِ مَا فَضَلَ عَنْ فُرُوضِهِمْ بِٱلنِّسْبَةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا . . صُرِفَ إِلَىٰ ذَوِي ٱلأَرْحَامِ ، . . . .

(غيرِ الزوجين) لأن علة الردِّ القرابة ، وهي مفقودة فيهما .

وهـٰذا من زياداته على « المحرر » ولا بدَّ منه إذا لم يكونا من ذوي الأرحام ، فلو كان مع الزوجية رحم ؛ كبنت الخالة وبنت العم . . وجب عند القائلين بالردِّ عليها ، والصرف حينئذ من جهة الرحم لا الزوجية .

(ما فَضَل عن فروضهم بالنسبة) أي : بنسبة فروضهم ، فإن كان صنفاً واحداً ؛ كالبنت والأخت . . أخذ الفرض والباقي بالردِّ ، أو جماعةً من صنف ؛ كالبنات . . فالباقي بينهم بالسوية ، أو صنفين فأكثر . . ردَّ الباقي عليهم بقدر سهامهم .

مثاله : زوج وبنت وأم ، هي من اثني عشر ؛ سدسها اثنان فرض الأم ، ونصفها ستة فرض البنت ، وربعها ثلاثة فرض الزوج ، يبقىٰ سهم يردُّ على الأم والبنت ؛ ثلاثة أرباعه للبنت ، والربع للأم ، ولو لم يكن إلا الأم والبنت . . فالباقي بينهم أرباعاً ، فاجعل المسألة من أربعة ؛ للأم سهم بالفرض والردِّ ، وثلاثة للبنت .

(**فإن لم يكونوا**) أي : أصحاب الفروض (. . **صُرف إلىٰ ذوي الأرحام**) إرثاً **على الصحيح في** « **زيادة الروضة** »[1] ؛ لحديث : « ٱلْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ » رواه أبو داوود ، وصححه ابن حبان والحاكم[2] .

وإنما قدم الردّ عليهم ؛ لأن القرابة المفيدة لاستحقاق الفرض أقوىٰ ، قال الخفاف والقاضي : والتوريث بالرحم توريث بالعصوبة ؛ بدليل أنه يراعىٰ فيه القرب ، ويفضل فيه الذكر على الأنثىٰ ويحوز المنفرد منهم جميع المال ، وهـٰذه علامات الإرث بالتعصيب ، وفي كيفية توريثهم مذهبان : **أحدهما** : مذهب أهل التنزيل ؛ أي : ينزل

= القدر . . صرفه إليهم ، وإلا . . فيصرفه بعض الثقات إلىٰ وجه المصالح ، وإن كان هناك بيت مال على الوجه المشروع . . حمل إليه ، وهو جمع بين الطرفين .

(١) روضة الطالبين (٦/٧) .

(٢) سنن أبي داوود (٢٨٩١) ، صحيح ابن حبان (٦٠٣٥) ، المستدرك (٤/٣٤٤) ، وأخرجه ابن ماجه (٢٦٣٤) ، وأحمد (٤/ ١٣١) عن المقدام بن معدي كرب رضي الله عنه .

وَهُمْ : مَنْ سِوَى ٱلْمَذْكُورِينَ مِنَ ٱلْأَقَارِبِ ، وَهُمْ عَشَرَةُ أَصْنَافٍ : أَبُو ٱلْأُمِّ ، وَكُلُّ جَدٍّ وَجَدَّةٍ سَاقِطَيْنِ ، وَأَوْلَادُ ٱلْبَنَاتِ ، وَبَنَاتُ ٱلْإِخْوَةِ ، وَأَوْلَادُ ٱلْأَخَوَاتِ ، وَبَنُو ٱلْإِخْوَةِ لِلْأُمِّ ، وَٱلْعَمُّ لِلْأُمِّ ، وَبَنَاتُ ٱلْأَعْمَامِ ، وَٱلْعَمَّاتُ ، وَٱلْأَخْوَالُ ، وَٱلْخَالَاتُ ، وَٱلْمُدْلُونَ بِهِمْ .

فَصْلٌ

[في بيان الفروض التي في القرآن الكريم وذويها]

ٱلْفُرُوضُ ٱلْمُقَدَّرَةُ فِي كِتَابِ ٱللهِ تَعَالَىٰ سِتَّةٌ : ....

كلٌّ منهم منزلة من يدلي به ، وصححه في « زيادة الروضة »[1] ، **والثاني** : مذهب أهل القرابة : وهو توريث الأقرب فالأقرب إلى الميت ؛ كالعصبات .

مثاله : بنت بنت وبنت بنت ابن ، **فعلى الأول** : المال بينهما أرباعاً بالفرض والردِّ ؛ كما يكون بين البنت وبنت الابن ، **وعلى الثاني** : الكلُّ لبنت البنت ؛ لقربها .

(**وهم : من سوى المذكورين من الأقارب**) وإن شئت قلت : كلُّ قريب ليس بذي فرض ولا عصبة .

(**وهم عشر أصناف : أبو الأم ، وكلُّ جدٍّ وجدة ساقطَين**) هـٰذا كلُّه صنف ، (**وأولاد البنات**) ذكورهم وإناثهم ، ولم يذكر أولاد بنات الابن ؛ لأن لفظ البنات شامل لهم ، (**وبنات الإخوة ، وأولاد الأخوات**) ذكورهم وإناثهم ، (**وبنو الإخوة للأم**) وكان الأولىٰ أن يقول : وأولاد الإخوة للأم ؛ فإن ذكورهم وإناثهم سواء .

(**والعم للأم ، وبنات الأعمام ، والعمات ، والأخوال ، والخالات ، والمدلون بهم**) وهـٰذا الأخير معطوف علىٰ (عشرة) ، لا أنه منهم .

* * *

(**فصل : الفروض المقدرة في كتاب الله تعالىٰ ستة**) وهي النصف ، ونصفه ، ونصف نصفه ، والثلثان ونصفهما ، ونصف نصفهما ، وإن شئت اختصرت فقلت : الربع ، والثلث ، وضِعْفُ كلٍّ ، ونصف كل .

وأشار بقوله : (في كتاب الله تعالىٰ) إلىٰ أن المراد : الحصر بالنسبة لما في

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٤٥) .

ٱلنِّصْفُ : فَرْضُ خَمْسَةٍ : زَوْجٌ لَمْ تُخَلِّفْ زَوْجَتُهُ وَلَداً وَلاَ وَلَدَ ٱبْنٍ ، وَبِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ٱبْنٍ أَوْ أُخْتٌ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ مُنْفَرِدَاتٌ . وَٱلرُّبُعُ : فَرْضُ زَوْجٍ لِزَوْجَتِهِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ٱبْنٍ ، وَزَوْجَةٍ لَيْسَ لِزَوْجِهَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . . . .

القرآن ، وإلا . . فمطلق الفروض تزيد علىٰ ستةٍ ؛ كثلث ما يبقىٰ في مسائل الجدِّ والإخوة إذا كان معه ذو فرض ، والأم في مسألتي زوج أو زوجة وأبوين .

ومعنىٰ كونها مقدَّرة : أنه لا يزاد عليها ، وقد ينقص عنها بسبب العول ، **والمراد** : أن هـٰذه المقدرات منصوصة في القرآن ، لا أن كلَّ وارث لشيء منها منصوص عليه في كتاب الله تعالىٰ ؛ لما سيأتي أن بعض من يرثها إنما هو بالسنة أو بالإجماع أو بالقياس ؛ كالسدس لبنت الابن مع بنت الصلب ، والأخت للأب مع الشقيقة ، ونحو ذلك .

(**النصف : فرض خمسة : زوج لم تُخلِّف زوجته ولداً ولا ولد ابن**) وإن سَفُلَ ، ذكراً أو أنثىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ﴾ وألحق به ولد الابن بالإجماع .

واحترز بقوله : (ولد ابن) عن ولد البنت ، فلا اعتبار به وإن ورَّثنا ذوي الأرحام .

وبدأ المصنف وغيره بذكر النصف ، قال السبكي : لكونه مفرداً ، قال : وكنت أود لو بدؤوا بالثلثين ؛ لأن الله تعالىٰ بدأ به حتىٰ رأيت أبا النَّجا والحسين بن محمد بن عبد الواحد الوني شيخ الخَبْري بدأ به ، فأعجبني ذلك .

(**وبنت**) لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾ (**أو بنت ابن**) وإن سفل بالإجماع (**أو أخت لأبوين أو لأب**) لإطلاق قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ (**منفردات**) عن جنس البنوة والأخوة ؛ إذ لو كان مع البنت أو بنت الابن أو الأخت أخ في درجتها . . عصبها وأعطيت نصفَ ما حصل لأخيها ، ولو كان مع البنت أو بنت الابن أو الأخت أخرىٰ مثلها . . اشتركتا في الثلثين .

(**والربع : فرض زوج لزوجته ولد أو ولد ابن**) منه أو من غيره ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ ﴾ وولد الابن كالابن ؛ كما سلف ، وأَخرج بولد الابن ولدَ البنت .

(**وزوجة ليس لزوجها واحد منهما**) لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ

وَٱلثُّمُنُ : فَرْضُهَا مَعَ أَحَدِهِمَا . وَٱلثُّلُثَانِ : فَرْضُ بِنْتَيْنِ فَصَاعِداً ، وَبِنْتَي ٱبْنٍ فَأَكْثَرَ ، وَأُخْتَيْنِ فَأَكْثَرَ لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ . وَٱلثُّلُثُ : فَرْضُ أُمٍّ لَيْسَ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ٱبْنٍ وَلاَ ٱثْنَانِ مِنَ ٱلإِخْوَةِ وَٱلأَخَوَاتِ ، . . . .

يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ﴾ والمراد بالزوجة : الجنس ، ولو قال : (فأكثر) . . لكان أحسن .

(والثمن : **فرضها مع أحدهما**) لقوله تعالىٰ : ﴿فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ﴾ .

(والثلثان : فرض بنتين **فصاعداً**) بالإجماع ؛ كما حكاه ابن عبد البرِّ إلا رواية عن ابن عباس أن للبنتين النصف ، ولما زاد عليهما الثلثان لظاهر الآية ، قال ابن عبد البر : ولم تصحَّ عنه ، وقد صحَّ عنه موافقة الناس(١) .

وقال الشريف الأرموي في « شرحه » لفرائض « الوسيط » : صحَّ عن ابن عباس رجوعه عن ذلك ؛ فارتفع الخلاف ، وصار إجماعاً ؛ لأن الإجماع بعد الاختلاف حجة **على الصحيح** .

(وبنتي ابن فأكثر) إذا لم يكن بنت صلب بالإجماع .

(وأختين فأكثر لأبوين أو لأب) لقوله تعالىٰ : ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ فدلت الآية علىٰ أن للابنتين الثلثين ، وأجمعوا علىٰ أنه إذا كنَّ أكثر من اثنتين . . كان لهنَّ ذلك ، والآية نزلت في قصة جابر ، وكان له أخوات(٢) ، فدلَّ علىٰ أن المراد من الآية : اثنتان **فصاعداً** .

(**والثلث : فرض أُمٍّ ليس لميتها ولد ولا ولدُ ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات**) سواء كانا من أبوين أو من أحدهما ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ وولد الابن غير مذكور في الآية ، ولكنه قائم مقامه ؛ كما تقدم .

وكان ينبغي أن يقول : (ولا زوج أو زوجة وأب) ليخرج فرضها معهما ؛ فإنه أنقص من الثلث .

---

(١) الاستذكار (١٥/ ٣٨٩) .

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٤٣) ، ومسلم (١٦١٦) .

وَفَرْضُ ٱثْنَيْنِ فَأَكْثَرَ مِنْ وَلَدِ ٱلأُمِّ ، وَقَدْ يُفْرَضُ لِلْجَدِّ مَعَ ٱلإِخْوَةِ . وَٱلسُّدُسُ : فَرْضُ سَبْعَةٍ : أَبٌ وَجَدٌّ لِمَيِّتِهِمَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ٱبْنٍ ، وَأُمٌّ لِمَيِّتِهَا وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ ٱبْنٍ أَوِ ٱثْنَانِ مِنَ ٱلإِخْوَةِ وٱلأَخَوَاتِ ، . . . .

(وفرض اثنين فأكثر من ولد الأم) لقوله تعالىٰ : ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ ، وأجمعوا علىٰ أن المراد بها : أولاد الأم ، وقرأ سعد بن أبي وقاص وابن مسعود (وله أخ أو أخت من أم) ، وحكاه الزمخشري عن أُبيّ أيضاً[1] ، قال القاضي الحسين : وهـٰذا مما نسخ تلاوته ، وبقي حكمُهُ، قال الماوردي والرافعي في (كتاب السرقة): القراءة الشاذة كخبر الواحد في وجوب العمل[2]، ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي، وخالف المصنف في «شرح مسلم» فقال: مذهبنا : أن القراءة الشاذة لا يكون لها حكم الخبر[3] .

(وقد يُفرَض للجد مع الإخوة) فيما إذا نقص عنه بالمقاسمة ؛ كجد وثلاثة إخوة .

(والسدس : فرض سبعة : أب وجد لميتهما ولد ، أو ولد ابن) ذكراً كان أو أنثىٰ ؛ للنص والإجماع .

(وأم لميتها ولد أو ولد ابن أو اثنان من الإخوة والأخوات) لقوله تعالىٰ : ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٞ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ وإنما اكتفىٰ بالأخوين مع أن الآية وردت بصيغة الجمع ؛ لأن الجمع قد يعبر به عن الاثنين ، قال الزمخشري : لفظ (الإخوة) هنا يتناول الأخوين ؛ لأن المقصود : الجمعية المطلقة من غير كمية[4] ، وقد أجمع الصحابة رضي الله عنهم علىٰ حجبها عن الثلث بالأخوين قبل إظهار ابن عباس رضي الله عنهما الخلاف ؛ كما أشار إليه عثمان رضي الله عنه بقوله لابن عباس : (حجبها قومك يا غلام)[5] .

---

(١) أخرج قراءة سعد البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٣١) ، والطبري في « تفسيره » (٨٧٧٧) ، الكشاف (١/ ٥١٧) .

(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ١٩١) ، الشرح الكبير (١١/ ٢٤١) .

(٣) شرح صحيح مسلم (٥/ ١٣١) .

(٤) الكشاف (١/ ٥١٤) .

(٥) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٨٧٣٤) ، وابن حزم في « المُحلَّىٰ » (٩/ ٢٥٨) .

وَجَدَّةٌ ، وَلِبِنْتِ ٱبْنٍ مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ ، وَلأُخْتٍ أَوْ أَخَواتٍ لأَبٍ مَعَ أُخْتٍ لأَبَوَيْنِ ، وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَلَدِ ٱلأُمِّ .

فَصْلٌ

[في الحجب]

ٱلأَبُ وَٱلِابْنُ وَٱلزَّوْجُ لاَ يَحْجُبُهُمْ أَحَدٌ . . . .

وإذا اجتمع مع الأم الولد ، وولد الابن ، واثنان من الإخوة ، أو الأخوات. . **فالظاهر** ـ كما قاله صاحب « المطلب » ـ : أن الذي ردها من الثلث إلى السدس الولد ؛ لقوته .

(وجدةٌ) لأنه صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس ، صححه الترمذي وابن حبان[1] ، فإن اجتمع جدتان فأكثر . . اشتركن فيه ؛ كما سيأتي .

(ولبنت ابن مع بنت صلب) بالإجماع ؛ لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ كما قاله ابن مسعود رادّاً علىٰ أبي موسىٰ حيث أسقطها مع البنت والأخت ، رواه البخاري[2] .

وكان ينبغي أن يقول : (ولبنتِ ابنٍ فأكثر) .

(ولأخت أو أخوات لأب مع أخت لأبوين) كما في البنات وبنات الابن .

(ولواحدٍ من ولد الأم) ذكراً كان أو أنثىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٞ﴾ الآية .

* * *

(**فصل : الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحدٌ**) حجب حرمان ؛ لأن كلاًّ منهم يدلي بنفسه إلى الميت ، وليس فرعاً لغيره .

واحترز بالوصف الثاني : عن المعتق ؛ فإنه يدلي بنفسه ويحجب ؛ لأنه فرع

---

(١) سنن الترمذي (٢١٠٠) ، صحيح ابن حبان (٦٠٣١) ، وأخرجه الحاكم (٤/٣٣٨) ، وأبو داوود (٢٨٩٤) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٦٣١٢) ، وابن ماجه (٢٧٢٤) من حديث قبيصة بن ذؤيب رضي الله عنه .

(٢) صحيح البخاري (٦٧٣٦) .

وَٱبْنُ ٱلِابْنِ لاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ ٱلِابْنُ أَوِ ٱبْنُ ٱبْنٍ أَقْرَبُ مِنْهُ . وَٱلْجَدُّ لاَ يَحْجُبُهُ إِلاَّ مُتَوَسِّطٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ٱلْمَيِّتِ . وَٱلأَخُ لِأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ ٱلأَبُ ، وَٱلِابْنُ ، وَٱبْنُ ٱلِابْنِ ، وَلأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلاَءِ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ ، وَلِأُمٍّ . . يَحْجُبُهُ أَبٌ ، وَجَدٌّ ، وَوَلَدٌ ، وَوَلَدُ ٱبْنٍ . . . . .

لغيره ، وهو النسب ؛ لأنه مشبه به ، والأصل مقدم على الفرع .

(وابن الابن لا يحجبه إلا الابن) سواء كان أباه أو عمه ؛ لإدلائه به أو لأنه عصبة أقرب منه ، (أو ابن ابن أقربُ منه) كابن ابن ، وابن ابن ابن ، ومن هنا يعلم أن قوله أولاً : (ابن الابن) مراده : وإن سفل ؛ حتىٰ ينتظم مع هـٰذا .

(**والجد**) أبو الأب وإن علا (**لا يحجبه إلا متوسط بينه وبين الميت**) بالإجماع ؛ لأن من أدلىٰ بشخص لا يرث مع وجوده إلا أولاد الأم .

(**والأخ لأبوين . . يحجبه ، الأب ، والابن ، وابن الابن**) وإن سفل ؛ بالإجماع (**ولأب . . يحجبه هـٰؤلاء**) لأنهم إذا حجبوا الشقيق . . فهو أولىٰ ، (**وأخ لأبوين**) لقوته بزيادة القرب .

وأورد علىٰ **حصره** : ما إذا كان معه بنت وأخت شقيقة ؛ فإن للبنت النصف ، وللأخت الباقي ، ولا شيء له ، ولا يصحُّ أن يجاب : بأنه ذكره آخر الفصل في قوله : (وكلُّ عصبة يحجبه أصحاب فروض مستغرقة) لأنه في هـٰذه الصورة لم يحجب بأصحاب فروض مستغرقة ؛ لأن الأخت مع البنت عصبة .

(**و**) الأخ (**لأم يحجبه أب وجدٌّ وولد**) ذكراً ، أو أنثىٰ (**وولد ابن**) ولو أنثىٰ ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَـٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ ﴾ ، **والمراد** : من الأم ، كما سبق .

والكلالة : اسم لما عدا الولد والوالد ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الكلالة ، فقال : « أَمَا سَمِعْتَ ٱلآيَةَ ٱلَّتِي أُنْزِلَتْ فِي ٱلصَّيْفِ ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ ﴾ ، وَٱلْكَلاَلَةُ : مَنْ لَمْ يَتْرُكْ وَلَداً وَلاَ وَالِداً » رواه الحاكم في « مستدركه » من حديث أبي هريرة ، ثم قال : صحيح علىٰ شرط مسلم[1] ، فدلَّ علىٰ أنهم إنما يرثون عند عدمهما .

---

(١) المستدرك (٤/٣٣٦) .

وَٱبْنُ ٱلأَخِ لأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ سِتَّةٌ : أَبٌ ، وَجَدٌّ ، وَٱبْنٌ وَٱبْنُهُ ، وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ وَلأَبٍ ، وَلِأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلَاءِ وَٱبْنُ أَخٍ لِأَبَوَيْنِ . وَٱلْعَمُّ لأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلَاءِ ، وَٱبْنُ أَخٍ لأَبٍ ، وَلأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلَاءِ وَعَمٌّ لأَبَوَيْنِ . وَٱبْنُ عَمٍّ لأَبَوَيْنِ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلَاءِ وَعَمٌّ لأَبٍ ، وَلأَبٍ . . يَحْجُبُهُ هَـٰؤُلَاءِ وَٱبْنُ عَمٍّ لأَبَوَيْنِ . وَٱلْمُعْتِقُ . . يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ ٱلنَّسَبِ . وَٱلْبِنْتُ وَٱلأُمُّ وَٱلزَّوْجَةُ لاَ يُحْجَبْنَ . وَبِنْتُ ٱلِابْنِ . . يَحْجُبُهَا ٱبْنٌ أَوْ بِنْتَانِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَنْ يُعَصِّبُهَا . وَٱلْجَدَّةُ لِأُمٍّ . . لاَ يَحْجُبُهَا إِلاَّ ٱلأُمُّ ، وَلِلأَبِ . . . .

(وابن الأخ لأبوين يحجبه ستة : أب) لأنه يحجب أباه فهو أولىٰ (وجدٌّ) وإن علا ؛ لأنه في درجة أبيه فحجبه كأبيه (وابن وابنه) لأنهما يحجبان أباه ؛ فهو أولىٰ (وأخ لأبوين) لأنه إن كان أباه . . فهو يدلي به ، وإن كان عمه . . فهو أقرب منه (ولأب) لكونه أقرب منه (و) ابن الأخ (لأب يحجبه هـٰؤلاء) لما سبق (وابنُ أخ لأبوين) لقوته .

(والعم لأبوين . . يحجبه هـٰؤلاء) لأنهم أقرب منه (وابن أخ لأب) لقرب درجته (و) العم (لأب يحجبه هـٰؤلاء) لما سبق (وعم لأبوين) لقوته .

وأورد على المصنف : أن العم يطلق علىٰ عم الميت وعم أبيه وعم جده ، وابن عم الميت يقدم علىٰ عم أبيه ، وابن عم أبيه يقدم علىٰ عم جده ؛ لقوة جهته ؛ كما يقدم ابن الأب ، وهو الأخ على ابن الجد ، وهو العم .

(وابن عم لأبوين . . يحجبه هـٰؤلاء) لما سبق (وعم لأب) لأنه في درجة أبيه ، فقُدِّم عليه ؛ لزيادة قربه (و) ابن عم (لأب . . يحجبه هـٰؤلاء وابن عم لأبوين) لقربه .

(والمعتق . . يحجبه عصبة النسب) بالإجماع ؛ لأن النسب أقوىٰ من الولاء ؛ لأنه تتعلق به أحكام لا تتعلق بالولاء ؛ كالمحرمية ، ووجوب النفقة ، وسقوط القصاص والشهادة ونحوها .

(والبنت والأم والزوجة لا يحجبن) بالإجماع ؛ لما تقدم في الأب والابن والزوج .

(وبنت الابن . . يحجبها ابن) لأنه أبوها أو عمها ، وهو بمنزلة أبيها .

(أو بنتان) لأن الثلثين فرض البنات ، ولم يبق منه شيء (إذا لم يكن معها من يُعصِّبها) كأخ لها أو ابن ابن وإن سفل ؛ كما سيأتي ، وهـٰذا قيدٌ في الأخيرة فقط .

(والجدة لأم . . لا يحجبها إلا الأم) لأنه ليس بينها وبين الميت سواها (وللأب . .

يَحْجُبُهَا ٱلأَبُ أَوِ ٱلأُمُّ . وَٱلْقُرْبَىٰ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ ٱلْبُعْدَىٰ مِنْهَا ، وَٱلْقُرْبَىٰ مِنْ جِهَةِ ٱلأُمِّ كَأُمِّ أُمٍّ تَحْجُبُ ٱلْبُعْدَىٰ مِنْ جِهَةِ ٱلأَبِ كَأُمِّ أُمِّ أَبٍ . وَٱلْقُرْبَىٰ مِنْ جِهَةِ ٱلأَبِ لاَ تَحْجُبُ ٱلْبُعْدَىٰ مِنْ جِهَةِ ٱلأُمِّ فِي ٱلأَظْهَرِ . ...

يحجبها الأب) لأنها تدلي به ، قال الخفاف في « الخصال » : ولا ترث الجدة وابنها حيٌّ من ابن ابنها إلا في حالة واحدة ، وهي أن تكون جدة من وجهين ، فتكون أمَّ أم أم ، وهي أم أم أب فيموت ابن ابنتها ، ويخلف ولداً ، ويموت ذلك الولد ، وأبوه باق فترث من جهة ابن ابنتها دون ابنها ، كذا نقله عنه ابن الملقن والزركشي ، وأقراه[1] ، **والظاهر** : أن المثال غير مستقيم ، **وصوابه** : أن يقول : فتكون أمَّ أم أم ، وهي أم أبي أب فيموت ابن ابن ابنها ، وجده باقٍ ، فليتأمل .

(**أو الأم**) أي : الأم تحجب الجدة للأب أيضاً بالإجماع .

(**والقربىٰ من كُلِّ جهة تحجب البُعدىٰ منها**) كأم أب ، وأم أم أب ، وأم أم أم ؛ فلا ترث البعدىٰ مع وجود القربىٰ .

نعم ؛ لو كانت البعدىٰ جدة من جهة أخرىٰ . . فلا تحجب؛ **مثاله** : لزينب بنتان حفصة وعمرة، ولحفصة ابنٌ ، ولعمرة بنتُ بنت ، فنكح الابن بنت بنت خالته فأتت بولد ومات، فلا تسقط عمرة التي هي أم أم أمه أمها زينب ؛ لأنها أم أم أبيه ، كذا جزم به الرافعي[2] ، وقال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : ليس لنا جدة ترث مع بنتها الوارثة إلا هـٰذه .

(**والقربىٰ من جهة الأم ؛ كأم تحجب البعدىٰ من جهة الأب ؛ كأم أم أب**) لأن لها قوتين قربها بدرجة ، وكون الأم هي الأصل ، والجدات كالفرع لها .

(**والقربىٰ من جهة الأب**) كأم الأب (**لا تحجب البعدىٰ من جهة الأم**) كأم أم الأم (**في الأظهر**) بل يشتركان في السدس ؛ لأن الأب لا يحجبها ، فالجدة التي تدلي به أولىٰ ألا تحجبها ، **والثاني** : تحجبها ؛ للقرب ؛ كما لو كانت القربىٰ من جهة الأم .

وفرق الأول : بقوة قرابة الأم ، وكذلك تحجب الأم جميع الجدات من الجهتين ، بخلاف الأب .

---

(١) عجالة المحتاج (٣/١٠٥١) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٤٩٦) .

وَٱلأُخْتُ مِنَ ٱلْجِهَاتِ كَٱلأَخِ . وَٱلأَخَوَاتُ ٱلْخُلَّصُ لأَبٍ يَحْجُبُهُنَّ أَيْضاً أُخْتَانِ لأَبَوَيْنِ . وَٱلْمُعْتِقَةُ كَٱلْمُعْتِقِ . وَكُلُّ عَصَبَةٍ يَحْجُبُهُ أَصْحَابُ فُرُوضٍ مُسْتَغْرِقَةٍ .

فَصْلٌ

[في بيان إرث الأولاد وأولادهم انفراداً واجتماعاً]

ٱلِابْنُ يَسْتَغْرِقُ ٱلْمَالَ ، وَكَذَا ٱلْبَنُونَ ، وَلِلْبِنْتِ ٱلنِّصْفُ ، وَلِلْبِنْتَيْنِ فَصَاعِداً ٱلثُّلُثَانِ ، وَلَوِ ٱجْتَمَعَ بَنُونَ وَبَنَاتٌ . . فَٱلْمَالُ لَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلأُنْثَيَيْنِ . . . .

(والأخت من الجهات كالأخ) فكما أن الشقيق يحجبه الأب ، والابن ، وابن الابن ، فكذا الشقيقة ، والأخ للأب يحجبه هٰؤلاء ، وأخ لأبوين ؛ فكذا الأخت لأب ، والأخ لأم يحجبه أب وجد ، وولد وولد ابن ؛ فكذا الأخت لأم .

ويستثنىٰ من إلحاقها بأخيها : أن الشقيقة لا تحجب بفروض مستغرقة حيث فرض لها ، وكذا الأخت للأب .

(والأخوات الخُلَّص لأب يحجبهن أيضاً أختان لأبوين) كما في بنات الابن مع البنات ، **ووجهه** : أن فرض الجنس الواحد من الإناث لا يزيد على الثلثين .

واحترز بـ(الخُلَّص) : عما لو كان معهن أخ لهن ؛ فإنه يعصبهن ولا يحجبن ؛ كما سيأتي .

(والمعتقة كالمعتق) في حجبها بعصبات النسب .

(وكلُّ عصبة يحجبه أصحاب فروض مستغرقة) كما إذا كان زوجٌ وأمٌ وولدا أم وعمٌّ ، فلا شيء للعم ؛ لأن أصحاب الفروض استغرقوا المال ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : « أَلْحِقُوا ٱلْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ . فَهُوَ لأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ » متفق عليه[1] .

* * *

(فصل) في ميراث الأولاد (الابن) المنفرد (يستغرق المالَ ، وكذا البنون) بالإجماع (وللبنت النصف ، وللبنتين فصاعداً الثلثان) لما سبق .

(ولو اجتمع بنون وبنات . . فالمال لهم للذكر مثل حظِّ الأنثيين) للآية والإجماع ،

---

(١) صحيح البخاري (٦٧٣٢) ، صحيح مسلم (١٦١٥) عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

وَأَوْلَادُ ٱلِابْنِ إِذَا ٱنْفَرَدُوا كَأَوْلَادِ ٱلصُّلْبِ . فَلَوِ ٱجْتَمَعَ ٱلصِّنْفَانِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ وَلَدِ ٱلصُّلْبِ ذَكَرٌ . . حَجَبَ أَوْلَادَ ٱلِابْنِ ، وَإِلَّا ؛ فَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتٌ . . فَلَهَا ٱلنِّصْفُ وَٱلْبَاقِي لِوَلَدِ ٱلِابْنِ ٱلذُّكُورِ أَوِ ٱلذُّكُورِ وَٱلإِنَاثِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُنْثَىٰ أَوْ إِنَاثٌ . . فَلَهَا أَوْ لَهُنَّ ٱلسُّدُسُ . وَإِنْ كَانَ لِلصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِداً . . أَخَذَتَا ٱلثُّلُثَيْنِ ، وَٱلْبَاقِي لِوَلَدِ ٱلِابْنِ ٱلذُّكُورِ أَوِ ٱلذُّكُورِ وَٱلإِنَاثِ ، وَلَا شَيْءَ لِلإِنَاثِ ٱلْخُلَّصِ ....

وإنما فُضِّل الذكر على الأنثىٰ ؛ لأنه مختص بالنصرة ، والجهاد ، وتحمل العقل .

وإنما جعل لها نصف ما للذكر ؛ لأنها كذلك في الشهادة ، والذكر له حاجتان ؛ حاجة لنفسه ، وحاجة لزوجته ، وللأنثىٰ حاجة واحدة لنفسها ، بل هي غالباً تستغني بالتزويج عن الإنفاق من مالها .

(وأولاد الابن) وإن سفلوا **(إذا انفردوا كأولاد الصلب)** فيما ذكر بالإجماع ؛ لتنزيلهم منزلتهم[1] .

(فلو اجتمع الصنفان) أي : أولاد الصلب وأولاد الابن ؛ **(فإن كان من ولد الصلب ذكر . . حجب أولادَ الابن)** بالإجماع **(وإلا)** أي : وإن لم يكن ذكر ؛ **(فإن كان للصلب بنت . . فلها النصف ، والباقي لولد الابن الذكور أو الذكورِ والإناث)** للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ قياساً علىٰ أولاد الصلب .

(فإن لم يكن إلا أنثىٰ أو إناث . . فلها أو لهن السدس) تكملة الثلثين ، أما في الواحدة . . فلأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ به ، رواه مسلم عن ابن مسعود[2] .

وأما في الزائد على الواحدة . . فلأن البنات ليس لهن أكثر من الثلثين ؛ فالبنت وبنات الابن أولىٰ بذلك ، وترجحت بنت الصلب علىٰ بنات الابن بقربها ، فيشتركن في السدس ؛ كالجدات الوارثات .

(وإن كان للصلب بنتان فصاعداً . . أخذتا الثلثين) لما سبق **(والباقي لولد الابن الذكورِ أو الذكور والإناث)** للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ولا شيء للإناث الخُلَّص) بالإجماع ؛ لأنهن إنما يأخذن الثلثين عند عدم

---

(١) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، أمتع الله بحياته . اهـ هامش (أ) .

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٤٢) ، وغيره ، ولم أجده في « صحيح مسلم » .

إِلاَّ أَنْ يَكُونَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبُهُنَّ . وَأَوْلَادُ ٱبْنِ ٱلِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ ٱلِابْنِ كَأَوْلَادِ ٱلِابْنِ مَعَ أَوْلَادِ ٱلصُّلْبِ ، وَكَذَا سَائِرُ ٱلْمَنَازِلِ . وَإِنَّمَا يُعَصِّبُ ٱلذَّكَرُ ٱلنَّازِلُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، وَيُعَصِّبُ مَنْ فَوْقَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنَ ٱلثُّلُثَيْنِ . . . .

البنات ، أو ما بقي منه مع الواحدة من البنات ، ولذلك سمي ذلك السدس تكملة الثلثين (**إلا أن يكون أسفلَ منهن ذكر فيعصبهن**) لأنه لا يمكن إسقاطه ؛ لأنه عصبة ذكر ، ولا إسقاط من فوقه وإفراده بالميراث مع بُعْده ، ولو كان في درجتهن . . لم يفرد مع قربه .

وأفهم تعصيبه لهن إذا كان في درجتهن من باب أولىٰ ، وقد يكون في هـٰذه الحالة أخاهن أو أخا بعضهن ، ويسمىٰ : **الأخ المبارك** وقد يكون ابن عمهن .

(**وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن ؛ كأولاد الابن مع أولاد الصلب**) في جميع ما تقدم (**وكذا سائر المنازل**) يعني : في كلِّ درجة نازلة مع درجة عالية ؛ فإذا خلف بنت ابن ، وبنت ابن ابن ؛ فللعليا النصف ، وللسفلى السدس .

ولو خلف بنتي ابن ، وبنت ابن ابن ؛ فلبنتي الابن الثلثان ، وليس للسفلىٰ شيء إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ذكرٌ يعصبها .

(**وإنما يُعصِّب الذكر النازل مَنْ في درجته**) كأخته وبنت عمه ، فيعصبها مطلقاً ، سواء فضل لها شيء من الثلثين أم لا .

واحترز بـ(من في درجته) : عمن هي أسفل منه ؛ فإنه يسقطها .

(**ويُعصِّب من فوقه إن لم يكن لها شيء من الثلثين**) كبنتي صلب ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ؛ فإن كان لها شيء من الثلثين . . فلا يعصبها ؛ كبنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، بل للبنت النصف ، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين ، والباقي له ؛ لأن لها فرضاً استغنت به عن تعصيبه .

ولو كان في هـٰذا المثال بنتُ ابنِ ابنٍ أيضاً . . كان الباقي بينها وبين ابن ابن الابن أثلاثاً ، وبنت الابن غير محرومة ؛ لأنها أخذت تكملة الثلثين .

قال الفرضيون : وليس في الفرائض من يُعصِّب أخته ، وعمته ، وعمة أبيه ، وجدَّه ، وبناتَ أعمامه ، وبنات أعمام أبيه ، وجده إلا المنسفل من أولاد الابن .

فَصْلٌ
[في كيفية إرث الأصول]

ٱلْأَبُ يَرِثُ بِفَرْضٍ إِذَا كَانَ مَعَهُ ٱبْنٌ أَوِ ٱبْنُ ٱبْنٍ ، وَبِتَعْصِيبٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلاَ وَلَدُ ٱبْنٍ ، وَبِهِمَا إِذَا كَانَ بِنْتٌ أَوْ بِنْتُ ٱبْنٍ ؛ لَهُ ٱلسُّدُسُ فَرْضاً وَٱلْبَاقِي بَعْدَ فَرْضِهِمَا بِٱلْعُصُوبَةِ . وَلِلأُمِّ ٱلثُّلُثُ أَوِ ٱلسُّدُسُ فِي ٱلْحَالَيْنِ ٱلسَّابِقَيْنِ فِي ٱلْفُرُوضِ ، وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْ زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ فَرْضِ ٱلزَّوْجِ أَوِ ٱلزَّوْجَةِ . . . .

(**فصل : الأب يرث بفرض**) فقط ، وهو السدس (**إذا كان معه ابن**) بنص القرآن (**أو ابن ابن**) بالقياس على الابن (**وبتعصيب**) فقط (**إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن**) سواء كان وحده ، أو معه صاحب فرض ؛ كزوجة أو أم أو جدة ، فله الباقي بعد الفرض بالعصوبة ؛ لأن الله تعالىٰ فرض له في حال وجود الولد خاصةً ، **ومفهومه** : أنه لا يفرض له فيما عداه ، وولد الولد ملحقٌ بالولد إجماعاً .

(**وبهما إذا كان بنت أو بنت ابن ؛ له السدس فرضاً**)[1] لأن لفظ الولد في الآية يشمل الذكر والأنثىٰ ، (**والباقي بعد فرضهما بالعصوبة**) لحديث : « أَلْحِقُوا ٱلْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ . . فَهُوَ لأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ » متفق عليه[2] . وحكى المَحاملي فيه : الإجماع .

و(**أولىٰ**) في الحديث بمعنىٰ : أقرب ، ولا يمكن بمعنىٰ : أحق ؛ لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة ، فلا يبقىٰ للكلام معنىٰ .

وقوله : (**أو بنت ابن**) كذا هو في كتب الشيخين[3] ، ولو عطف بالواو . . لصحَّ ؛ فإنه لو كان معه بنت ، وبنت ابن ، أو بنتان فأكثر ، أو بنتا ابن فأكثر . . فالحكم كذلك ، وهـٰذه كلُّها ترد علىٰ تصوير المصنف .

(**وللأم الثلث أو السدس في الحالين السابقين في الفروض**) لما تقدم .

(**ولها في مسألتي زوج ، أو زوجة وأبوين . . ثلث ما بقي بعد الزوج أو الزوجة**)

---

(١) في « المنهاج » (ص ٣٤١) المطبوع : (وبهما إذا كان معه بنت) .

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٤٨) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٤٦٣) ، روضة الطالبين (٦/ ١٢) .

وَٱلْجَدُّ كَٱلأَبِ إِلاَّ أَنَّ ٱلأَبَ يُسْقِطُ ٱلإِخْوَةَ وَٱلأَخَوَاتِ وَٱلْجَدَّ يُقَاسِمُهُمْ إِنْ كَانُوا لأَبَوَيْنِ أَوْ لأَبٍ ، وَٱلأَبَ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ وَلاَ يُسْقِطُهَا ٱلْجَدُّ ، . . . .

ففي الأولىٰ : للزوج النصف ، يبقىٰ سهمٌ ، علىٰ ثلاثة لا يصحُّ ولا يُوافِق ، فضرب اثنين في ثلاثة يبلغ ستة ؛ للزوج ثلاثة ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم ، والباقي وهو سهمان للأب .

والمسألة الثانية من أربعة : للزوجة الربع سهم ، وللأم ثلث ما بقي وهو سهم ، والباقي وهو سهمان للأب ، **هـٰذا هو المذهب الذي عليه الجمهور** .

ووجَّهوه : بأنه شارك الأبوين ذو فرض ، فكان للأم ثلث ما فضل عن الفرض ؛ كما لو شاركهما بنت ، وبأن الله تعالىٰ جعل المال بين الأبوين إذا لم يكن زوج ولا زوجة أثلاثاً ؛ للأم الثلث ، وللأب الثلثان ، فحصل للأب مِثْلاَ ما للأم ؛ فإذا كان معها زوج أو زوجة . . أخذ فرضه ، والباقي بينهما أثلاثاً .

وإنما قالوا : ثلث ما يبقىٰ ، ولم يقولوا : سدس المال في الأولىٰ ، وربعه في الثانية ؛ محافظةً على الأدب في موافقة القرآن .

(والجد كالأب) في جميع ما تقدم ، **وقضيته** : أن يجمع بين الفرض والتعصيب ، **وهو أصحُّ الوجهين وأشهرهما في « زيادة الروضة »**[1] ، **والثاني** : لا ، بل يأخذ الباقي بعد فرض مَنْ تقدم بالتعصيب فقط ، وقال المتولي : **إنه المذهب** .

وزعم الرافعي وغيره : أن الخلاف لفظي[2] ، والمأخوذ لا يختلف ، **واعترض** : بظهور فائدته في صورتين : **إحداهما** : في حساب المسألة وأصلها ، **والثانية** : فيما لو أوصىٰ بجزء مما يبقىٰ بعد الفرض .

(إلا أن الأب يُسقط الإخوة والأخوات ، والجد يقاسمهم إن كانوا لأبوين أو لأب) كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ .

(والأب يُسقط أُمَّ نفسه) لإدلائها به **(ولا يسقطها الجد)** أي : لا يسقط الجد أُمَّ الأب ؛ لأنها لا تدلي به .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٢) .
(٢) الشرح الكبير (٦/ ٤٦٤) .

وَٱلأَبَ فِي زَوْجٍ أَوْ زَوْجَةٍ وَأَبَوَيْنِ يَرُدُّ ٱلأُمَّ مِنَ ٱلثُّلُثِ إِلَىٰ ثُلُثِ ٱلْبَاقِي ، وَلاَ يَرُدُّهَا ٱلْجَدُّ . وَلِلْجَدَّةِ ٱلسُّدُسُ ، وَكَذَا ٱلْجَدَّاتُ ، وَتَرِثُ مِنْهُنَّ أُمُّ ٱلأُمِّ وَأُمَّهَاتُهَا ٱلْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خُلَّصٍ ، وَأُمُّ ٱلأَبِ وَأُمَّهَاتُهَا كَذَٰلِكَ ، وَكَذَا أُمُّ أَبِ ٱلأَبِ وَأُمُّ ٱلأَجْدَادِ فَوْقَهُ وَأُمَّهَاتُهُنَّ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ . ...

(**والأبَ في زوج أو زوجة وأبوين يردُّ الأم من الثلث إلىٰ ثلث الباقي ولا يردها الجد**) بل تأخذ الثلث كاملاً ؛ لأن الجد لا يساويها في الدرجة ، فلا يلزم تفضيله عليها بخلاف الأب .

ويرد علىٰ حصره الاستثناء فيما ذكره : أن الأب لا يرث معه إلا جدة واحدة ، ويرث مع الجد جدتان ، وأبو الجد ومن فوقه ؛ كالجد في ذلك كلِّه إلا أن كلَّ واحد يحجب أُمَّ نفسه ولا يحجبها من فوقه ، وكلما علا الجد درجة . . زاد معه جدة وارثة .

(**وللجدة السدس**) لما مرَّ (**وكذا الجدات**) لأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ للجدتين من الميراث بالسدس بينهما ، رواه الحاكم من حديث عبادة ، وقال : صحيح علىٰ شرط الشيخين[١] ، وفي « مراسيل أبي داوود » : أنه عليه السلام أعطاه لثلاث جدات[٢] .

(**وترث منهن أم الأم وأمهاتها المدليات بإناثٍ خُلَّص**) كأم أم الأم وإن علت بالاتفاق (**وأم الأب وأمهاتها كذلك**) لما روي عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد أنه قال : (أتت الجدتان إلىٰ أبي بكر رضي الله عنه فأعطىٰ أم الأم الميراث دون أم الأب ، فقال رجل من الأنصار : أعطيت التي لو ماتت لم يرثها ، ومنعت التي لو ماتت ورثها ؛ فجعل أبو بكر رضي الله عنه السدس بينهما) رواه الدارقطني في «سننه» بسند صحيح[٣] .

(**وكذا أم أب الأب وأم الأجداد فوقه ، وأمهاتهن على المشهور**) لأنهن جدات يدلين بوارث ، فيرثن ؛ كأم الأب ، **والثاني** : لا يرثن ؛ لإدلائهن بجد ، فأشبهن أم أب الأم .

---

(١) المستدرك (٤/ ٣٤٠) .

(٢) المراسيل (٣٤٩) عن الحسن رحمه الله تعالىٰ .

(٣) سنن الدارقطني (٤/ ٩١) .

وَضَابِطُهُ : كُلُّ جَدَّةٍ أَدْلَتْ بِمَحْضِ إِنَاثٍ أَوْ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ إِلَىٰ ذُكُورٍ . . تَرِثُ ، وَمَنْ أَدْلَتْ بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ . . فَلاَ .

فَصْلٌ

[في إرث الحواشي]

ٱلإِخْوَةُ وَٱلأَخَوَاتُ لأَبَوَيْنِ إِنِ ٱنْفَرَدُوا . . . .

(**وضابطه**) أي : ضابط الجدات الوارثات (**كلُّ جدة أدلت**) أي : وصلت (**بمحض إناثٍ**) كأم أم الأم (**أو ذكور**) كأم أب الأب (**أو إناث إلىٰ ذكور . . ترث**) كأم أم الأب .

(**ومن أدلت بذكر بين أنثيين**) كأم أبي الأم (**. . فلا**) ترث ؛ كما لا يرث ذلك الذكر ، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع[1] .

واعلم : أنه إذا اجتمع جدات . . فالوارث منهن من قبل الأم واحدة أبداً ، وإنما يقع التعداد في التي من قبل الأب ، ويتعدد ذلك بتعدد الدرجة ، **ففي الدرجة الأولىٰ** : واحدة ، وهي أم الأب ، **وفي الثانية** : جدتان ، وهي أم أم الأب ، وأم أب الأب ، **وفي الثالثة** : ثلاث ، **وفي الرابعة** : أربع ، **وفي الخامسة** : خمس ؛ فتكون الوارثات في الدرجة الخامسة ست جدات ؛ واحدة من قبل الأم ، وخمس من قبل الأب ، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات . . فاجعل درجتهن بعدد المسؤول عنه ، ومَحِّض نسبة الأولىٰ إلى الميت أمهاتٍ ، ثم أَبْدِل من آخر نسبة الثانية أمّاً بأب ، وفي آخر نسبة الثالثة أمين بأبوين ، وهـٰكذا تُنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتىٰ تتمحض نسبة الأخيرة أباً .

فإذا سئلت عن خمس جدات وارثات . . فاجعل درجتهن خمسة **الأولىٰ** : مدلية بالأمومة ، وهي أم أم أم أم أم ، **الثانية** : أم أم أم أم أب ، **الثالثة** : أم أم أم أبي أب ، **الرابعة** : أم أم أبي أبي أب ، **الخامسة** : أم أبي أبي أبي أب .

* * *

(**فصل : الإخوة والأخوات لأبوين إن انفردوا**) عن الإخوة والأخوات للأب

---

(١) الإجماع (ص ٩٥) .

. . وَرِثُوا كَأَوْلَادِ ٱلصُّلْبِ ، وَكَذَا إِنْ كَانُوا لِأَبٍ إِلَّا فِي ٱلْمُشَرَّكَةِ ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَوَلَدَا أُمٍّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ ، فَيُشَارِكُ ٱلْأَخُ وَلَدَيِ ٱلْأُمِّ فِي ٱلثُّلُثِ . وَلَوْ كَانَ بَدَلَ ٱلْأَخِ أَخٌ لِأَبٍ . . سَقَطَ . وَلَوِ ٱجْتَمَعَ ٱلصِّنْفَانِ . . فَكَٱجْتِمَاعِ أَوْلَادِ ٱلصُّلْبِ وَأَوْلَادِ ٱبْنِهِ . . . .

(. . ورثوا كأولاد الصلب) للذكر جميع المال ، وللأنثى النصف ، وللاثنتين فصاعداً الثلثان ، وللذكر مثل حظ الأنثيين عند اجتماع الصنفين ؛ كما تقدم .

(وكذا إن كانوا لأب) وانفردوا عن الأشقاء بالإجماع (إلا في المشركة) بفتح الراء المشددة ، وقيل : بكسرها ، (وهي : زوجٌ وأم) أو جدة (وولدا أم) فصاعداً (وأخ لأبوين ؛ فيشارك الأخ) الشقيق (ولدي الأم في الثلث) بأخوة الأم ؛ لاشتراكهم في القرابة التي ورثوا بها الفرض ، فأشبه ما لو كان أولاد الأم بعضهم ابن عم . . فإنه يشارك بقرابة الأم وإن سقطت عصوبته .

وتُسمَّىٰ هـٰذه بـ(الحِمَاريَّة) لأنها وقعت في زمن سيدنا عمر رضي الله عنه ؛ فحرم الأشقاء ، فقالوا : هَبْ أن أبانا كان حماراً ألسنا من أم واحدة ؟ فشرَّك بينهم[1] ، وإذا شركنا بين أولاد الأم وأولاد الأبوين . . تقاسموا بالسوية ذكورهم كإناثهم .

(ولو كان بدل الأخ) لأبوين (أخٌ لأب . . سقط) بالإجماع ؛ لأنه ليس له قرابة أُمٍّ يشارك بها ، ولو كان بدله أخت لأب . . فرض لها النصف وعالت ، فلو كان معها أو معهن أخ . . سقط وأسقطهن ، وهـٰذا هو الأخ المشؤوم .

(ولو اجتمع الصنفان) أي : الأشقاء والإخوة لأب (. . فكاجتماع أولاد الصلب وأولادِ ابنه) من غير فرق ، فإن كان ولد الأبوين ذكراً . . فأولاد الأب يسقطون به بالإجماع ؛ لتميز ولد الأبوين بقرابة الأم ؛ كما امتاز ابن الصلب بقرب الدرجة .

أو أنثىٰ . . فلها النصف ، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً ، فإن كانوا ذكوراً وإناثاً . . فللذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن تمحضوا إناثاً أو أنثىٰ فقط . . فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين ، وإن كان من ولد الأبوين اثنتان فأكثر . . أخذتا الثلثين ، ولا شيء للإناث الخُلَّص من أولاد الأب .

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٣٧) ، والبيهقي (٦/ ٢٥٥ـ٢٥٦) .

إلاَّ أَنَّ بَنَاتِ ٱلِابْنِ يُعَصِّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَسْفَلَ ، وَٱلأُخْتُ لاَ يُعَصِّبُهَا إِلاَّ أَخُوهَا . وَلِلْوَاحِدِ مِنَ ٱلإِخْوَةِ أَوِ ٱلأَخَوَاتِ لِأُمٍّ : ٱلسُّدُسُ ، وَلِلاثْنَيْنِ فَصَاعِداً : ٱلثُّلُثُ ؛ سَوَاءٌ ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ . وَٱلأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ مَعَ ٱلْبَنَاتِ وَبَنَاتِ ٱلِابْنِ عَصَبَةٌ كَٱلإِخْوَةِ ؛ فَتُسْقِطُ أُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ مَعَ ٱلْبِنْتِ ٱلأَخَوَاتِ لِأَبٍ . وَبَنُو ٱلإِخْوَةِ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَبِيهِ ٱجْتِمَاعاً وَٱنْفِرَاداً ، لَـٰكِنْ يُخَالِفُونَهُمْ فِي أَنَّهُمْ لاَ يَرُدُّونَ ٱلأُمَّ إِلَى ٱلسُّدُسِ ، . . . .

(إلا أن بنات الابن يُعصِّبهن من في درجتهن أو أسفل) كما سبق (والأخت لا يُعصِّبها إلا أخوها) لا أولاد الأخ ولا أولاد بني العم ، فإذا خلف أختين لأبوين ، وأختاً لأب ، وابن أخ لأب. . . فللأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، ولا يُعصِّب الأخت لأب .

والفرق بينه وبين ابن الابن حيث يُعصِّب عمته : أن ابن ابن الأب يُعصِّب أخته ؛ فعصب عمته ، وابن الأخ لا يُعصِّب أخته ؛ لأنها لا ترث فلا يُعصِّب عمته ، وأيضاً ابن الابن يُسمَّى ابناً حقيقة أو مجازاً ، وابن الأخ لا يُسمَّىٰ أخاً .

(وللواحد من الإخوة أو الأخوات لأم : السدس ، وللاثنين فصاعداً : الثلث) لما قدمناه (سواء ذكورهم وإناثهم) بالإجماع ؛ لأنهم يرثون بالرحم فاستووا ؛ كالأبوين مع الولد ، فإنهما يشتركان في الثلث ، بخلاف الإخوة لأبوين أو لأب ؛ فإنهم يرثون بالتعصيب فأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين .

(والأخوات لأبوين أو لأب مع البنات وبناتِ الابن عصبةٌ ؛ كالإخوة) بالإجماع .

والمراد بـ(البنات) و(الأخوات) : الجنس لا الجمع ؛ فإن الأخت الواحدة مع البنت الواحدة عصبةٌ ؛ كما أشار إليه المصنف بالمثال .

(فتسقط أخت لأبوين مع البنت الأخوات لأب) وكذا الإخوة له ؛ كما يسقط الأخ الشقيق الأخ لأب .

(وبنو الإخوة لأبوين ، أو لأب كلٌّ منهم كأبيه اجتماعاً وانفراداً) فيستغرق الواحد منهم المال عند انفراده ، ويأخذ ما فضل عن أصحاب الفروض ، وعند الاجتماع يسقط ابن الأخ للأب ؛ كما يسقط الأخ للأب مع الشقيق .

(لكن يخالفونهم في أنهم لا يردون الأم إلى السدس) لأن الله تعالىٰ أعطاها الثلث

وَلاَ يَرِثُونَ مَعَ ٱلْجَدِّ ، وَلاَ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ ، وَيَسْقُطُونَ فِي ٱلْمُشَرَّكَةِ . وَٱلْعَمُّ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ كَأَخٍ مِنَ ٱلْجِهَتَيْنِ ٱجْتِمَاعاً وَٱنْفِرَاداً ، وَكَذَا قِيَاسُ بَنِي ٱلْعَمِّ وَسَائِرِ عَصَبَةِ ٱلنَّسَبِ .

حيث لا إخوة ، وهٰذا الاسم لا يصدق علىٰ بنيهم بحال ، بخلاف ولد الولد فإنه يُسمَّىٰ ولداً حقيقة أو مجازاً .

(**ولا يرثون مع الجد**) بل يسقطون به ؛ لأن الجدَّ كالأخ ؛ بدليل تقاسمهما إذا اجتمعا ، وإذا كان كالأخ . . فلا يرث ابن الأخ معه ؛ لأنه أقرب منه ، (**ولا يُعصِّبون أخواتهم**) لأنهن من ذوات الأرحام ، (**ويسقطون في المُشَرَّكة**) لأن مأخذ التشريك قرابة الأم ، وابن ولد الأم لا ميراث له .

وهٰذه المخالفة مختصة ببني الإخوة لأبوين ؛ كما صرح به في « المحرر »[1] ، فأما الإخوة للأب وبنوهم . . فكلهم ساقطون ؛ لعدم إدلائهم بالأم .

واقتصر المصنف علىٰ هٰذه الصور ، وزاد في « الروضة » ثلاث صور أخر : **الأولىٰ** : الإخوة لأبوين يحجبون الإخوة لأب ، وبنوهم لا يحجبونهم ، **الثانية** : الأخ للأب يحجب ابن الأخ الشقيق ، وابنه لا يحجبه ، **الثالثة** : بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كُنَّ عصبات مع البنات[2] .

(**والعم لأبوين أو لأب كأخ من الجهتين اجتماعاً وانفراداً**) فمن انفرد منهما أخذ جميع المال ، والباقي بعد الفرض ، وإن اجتمعا . . سقط العم للأب ؛ كأخ من أب مع الأخ للأبوين .

(**وكذا قياس بني العم**) من الأبوين أو من الأب عند عدم العم ؛ كبني الإخوة عند عدم الإخوة ، (**وسائرِ عصبة النسب**) أي : كلُّ ابنٍ من العصبة كأبيه ، وإلا . . فليس بعد بني الأعمام من عصبات النسب أحد .

قال السبكي : وقد يورد عليه بنو الأخوات اللواتي هُنَّ عصبة مع البنات وليس

---

(١) المحرر (ص ٢٦١) .

(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٧) .

استثنىٰ في « الوسيط » صورة أخرىٰ ، وهي : أن ولد الإخوة لأم ذكوراً كانوا أو إناثاً لا يرثون بل هم من ذوي الأرحام ، ولا يصح استثناؤها من كلام المصنف ؛ لعدم دخولهم في كلامه . اهـ هامش (أ) .

وَٱلْعَصَبَةُ : مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ مِنَ ٱلْمُجْمَعِ عَلَىٰ تَوْرِيثِهِمْ ، . . . .

بنوهُنَّ مثلهن وهُنَّ من عصبة النسب ، **وأجاب عنه المنكت** : بأن الكلام في العصبة بنفسه[1] .

قال شيخي ووالدي أمتع الله بحياته : وأصل الإيراد ممنوع[2] ؛ لأن الكلام في أن الولد يقوم مقام أبيه ، ولا يخفىٰ أن ما نحن فيه ليس كذلك .

(**والعصبة : من ليس له سهم مقدر من المجمع علىٰ توريثهم**) هـٰذا بيان لحدِّ العصبة ، **وأخرج بالقيد الأول** : أصحاب الفروض ، **وبالثاني** : ذوي الأرحام ؛ فإن من ورثهم لا يسميهم عصبة وإن لم يكن له سهم مقدر ، ولا يجيء هـٰذا التعريف علىٰ مذهب أهل التنزيل ، وهو المصحح في « الروضة »[3] ؛ فإنهم ينزلون كلاًّ منهم منزلة من يدلي به ، وهم ينقسمون إلىٰ ذوي فرض وعصبات ، كذا قاله ابن الملقن وغيره[4] ، **وفيه نظر** ؛ فإنه إذا نزلناه منزلة من يدلي به وكان من يدلي به عصبة . . لا يُسمَّىٰ عصبة .

وأورد علىٰ هـٰذا التعريف : الأخوات مع البنات ؛ فإن لهنَّ فرضاً مقدراً ، وقد يكنَّ عصبة ، **وأجيب** : بأن التعريف للعصبة بنفسه لا لمطلق العصبة ؛ بدليل : أنه عقبه بقوله : (فيرث المال) وهـٰذا مختص بالعصبة بنفسه ، أما غيره . . فليس له حال يستغرق فيها المال .

واعترض : بأن كلاًّ من الأب والجد عصبة بنفسه ، ومع ذلك له سهم مقدر ؛ فينبغي أن يؤول كلامه علىٰ من ليس له سهم مقدر حال تعصيبه من جهة التعصيب ؛ ليدخل من ذكرناه ؛ فإنَّ له في حالة أخرىٰ سهماً مقدراً .

ويدخل أيضاً : ابن العم إذا كان أخاً لأم أو زوجاً ؛ لأن الفرض لابن العم ليس من جهة التعصيب ، بل من جهة الزوجية أو أخوّة الأم .

---

(١) السراج (٥/ ٣٤) .

(٢) في (ب) و(ج) : (قال شيخي ووالدي رحمه الله ، ورضي الله عنه) .

(٣) روضة الطالبين (٦/ ٨) .

(٤) عجالة المحتاج (٣/ ١٠٦٠) .

فَيَرِثُ ٱلْمَالَ أَوْ مَا فَضَلَ بَعْدَ ٱلْفُرُوضِ .

فَصْلٌ

[في الإرث بالولاء]

مَنْ لاَ عَصَبَةَ لَهُ بِنَسَبٍ وَلَهُ مُعْتِقٌ . . فَمَالُهُ أَوِ ٱلْفَاضِلُ عَنِ ٱلْفُرُوضِ لَهُ ، رَجُلاً كَانَ أَوِ ٱمْرَأَةً ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَلِعَصَبَتِهِ بِنَسَبِ ٱلْمُتَعَصِّبِينَ بِأَنْفُسِهِمْ لاَ لِبِنْتِهِ وَأُخْتِهِ ، . . . .

(فيرث المالَ أو ما فضل بعد الفروض) هٰذا بيان لحكم العصبة ؛ ودليله : قوله صلى الله عليه وسلم : « فَمَا أَبْقَتِ ٱلْفَرَائِضُ . . فَلأَوْلَىٰ رَجُلٍ ذَكَرٍ » متفق عليه[1] .

والجمع بين رجل ذكر تأكيد ؛ لأن الرجل قد يطلق لا في مقابلة الأنثىٰ فأريد تحقيق أنه ليس بأنثىٰ ، وهٰذا في العصبة بنفسه ؛ أما العصبة بغيره ؛ كالبنات مع إخوتهن ومع غيره ؛ كالأخوات لغير الأم مع البنات . . فليس لهُنَّ حال يستغرقن فيه المال .

* * *

(فصل : من لا عصبة له بنسب وله معتقٌ . . فماله أو الفاضل عن الفروض له ، رجلاً كان) المعتق ، (أو امرأة) لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام : « إِنَّمَا ٱلْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[2] ، ولأن الإنعام بالإعتاق موجود من الرجل والمرأة ، فاستويا في الإرث ، وحكى ابن المنذر وابن اللبان فيه الإجماع[3] ، وإنما تأخر الولاء عن النسب ؛ لقوته كما تقدم عند قوله : (والمعتق يحجبه عصبة النسب) ، ويُرشد إليه حديث : « ٱلْوَلاَءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ ٱلنَّسَبِ »[4] شبهه به ، والمشبه دون المشبه به .

(فإن لم يكن) المعتق موجوداً (. . فلعصبته) أي : لعصبة المعتق (بنسب المتعصبين بأنفسهم لا لبنته وأخته) فإن البنت عصبة بغيرها ، والأخت عصبة مع غيرها ، قال ابن المنذر : وهو قول عامة العلماء[5] .

---

(١) سبق تخريجه (ص ٥٤٨) .
(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦) ، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها .
(٣) الإجماع (ص ٩٩) .
(٤) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) والحاكم (٤/ ٣٤١) ، والبيهقي (١٠/ ٢٩٢) .
(٥) الإجماع (ص ٩٤) .

وَتَرْتِيبُهُمْ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي ٱلنَّسَبِ ، لَـٰكِنِ ٱلأَظْهَرُ : أَنَّ أَخَا ٱلْمُعْتِقِ وَٱبْنَ أَخِيهِ يُقَدَّمَانِ عَلَىٰ جَدِّهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ . . فَلِمُعْتِقِ ٱلْمُعْتِقِ ثُمَّ عَصَبَتُهُ كَذَلِكَ . وَلاَ تَرِثُ ٱمْرَأَةٌ بِوَلاَءٍ إِلاَّ مُعْتَقَهَا . . . .

والمعنىٰ فيه كما قاله ابن سريج : أن الولاء أضعف من النسب المتراخي ، وإذا تراخىٰ . . ورث الذكور دون الإناث كبني الأخ وبني العم دون أخواتهم ، فإذا لم ترث بنت الأخ وبنت العم . . فبنت المعتق أولىٰ ألا ترث ؛ لأنها أبعد منهما .

(**وترتيبهم**) هنا (**كترتيبهم في النسب**) فيقدم الابن ثم ابنه وإن سفل ، ثم أبوه (**لكن الأظهر : أن أخا المعتِق**) لأبوين أو لأب ، (**وابن أخيه**) لهما (**يقدّمان علىٰ جده**) **أما في الأولىٰ** . . فلأن الأخ ابن أبي المعتق ، والجد أبو أبيه ، والبنوة أقوىٰ في العصوبة ، وإنما تركنا هـٰذا القياس في النسب ؛ لإجماع الصحابة رضي الله عنهم علىٰ أن الأخ لا يُسقط الجد ، ولا إجماع في الولاء فصرنا إليه ، **والثاني** : أنهما يستويان ، **والأصحُّ علىٰ هـٰذا** : أنه يقاسمه أبداً ؛ إذ لا يتصور الفرض في باب الولاء .

وأما الثانية . . فالخلاف فيها مبني على الأولىٰ ؛ فإن قلنا بأن الأخ مقدم على الجد . . فابنه أيضاً كذلك ؛ لقوة البنوة ؛ كما يقدم ابن الابن وإن سفل على الأب ، وإن قلنا بالتسوية . . فالجد أولىٰ من ابن الأخ **على الأصحِّ** ؛ لقرب درجته .

واقتصر المصنف على استثناء هاتين الصورتين ، وزاد في « الروضة » و« أصلها » ثالثة ، وهي : إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم . . **فالأظهر** : تقديمه على ابن العم الذي ليس بأخ ، بخلاف النسب[1] ؛ فإنهما سواء بعد إخراج الفرض .

والفرق : أن الأخ للأم في النسب يرث فأعطي فرضه ، واستويا في الباقي بالعصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجح من يدلي بقرابة الأم .

(**فإن لم يكن له عصبة . . فلمعتِق المعتِق ثم عصبته**) أي : عصبة معتِق المعتِق (**كذلك**) على الترتيب المذكور في عصبات المعتق ، ثم لمعتِق معتِق المعتِق ، ثم لعصبته ، وعلىٰ هـٰذا القياس .

(**ولا ترث امرأة بولاء إلا معتَقها**) أي : بفتح التاء ؛ لإطلاق الحديث المار :

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٢٣) ، الشرح الكبير (٦/ ٤٨١) .

أَوْ مُنْتَمِياً إِلَيْهِ بِنَسَبٍ أَوْ وَلاَءٍ .

فَصْلٌ

[في حكم الجد مع الإخوة]

ٱجْتَمَعَ جَدٌّ وَإِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ ذُو فَرْضٍ . . فَلَهُ ٱلْأَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِ ٱلْمَالِ وَمُقَاسَمَتِهِمْ ؛ كَأَخٍ ، فَإِنْ أَخَذَ ٱلثُّلُثَ . . فَٱلْبَاقِي لَهُمْ ، . . . .

« إِنَّمَا ٱلْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[1] ، (أو منتمياً إليه بنسب أو ولاء) كما لو كان المعتق رجلاً .

والمراد بالنسب : ولده وإن سفل ، **وبالولاء** : عتيقه .

* * *

(فصل : اجتمع جدٌّ وإخوة وأخوات لأبوين أو لأب ؛ فإن لم يكن معهم ذو فرض . . فله الأكثر من ثلث المال ومقاسمتِهم ؛ كأخ) ولا يسقط الجد بالإخوة بإجماع الصحابة وإن كان ابن حزم حكىٰ سقوطه بهم عن طائفة[2] ، **وهو شاذ** ؛ لأن الجدَّ لا يسقط بالابن فبالأخ أولىٰ .

وجه المقاسمة : أنه في رتبة الإخوة ، **ووجه الثلث** : أن الجد والأم إذا اجتمعا . . أخذ الجد مِثْلَي ما أخذته الأم ؛ لأنها تأخذ الثلث ، وهو يأخذ الثلثين ، والإخوة لا ينقصوا الأم من السدس ، فوجب ألا ينقصوا الجد من ضعف السدس .

وإنما أعطي أكثر الأمرين ؛ لأنه اجتمع فيه جهة الفرض والتعصيب ، فأعطيناه خيرهما .

وفهم من قوله : (كأخ) أنه يأخذ مع الأخوات مثل حظ الأنثيين[3] .

(فإن أخذ الثلث . . فالباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ كما لو لم يكن معهم جد ، وقد تستوي القسمة والثلث ، **والضابط** : أن الإخوة والأخوات إن كانوا مِثْليه . . فالقسمة والثلث سِيَّان ؛ كجد وأخوين ، وإن كانوا دون مثليه ؛ كجد وأخ وأخت . .

---

(١) في (ص ٥٥٩) .

(٢) المحلىٰ (٩/٢٨٣) .

(٣) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، أمتع الله بحياته ، ورحم سلفه . اهـ هامش (أ) .

وَإِنْ كَانَ . . فَلَهُ ٱلأَكْثَرُ مِنْ سُدُسِ ٱلتَّرِكَةِ وَثُلُثِ ٱلْبَاقِي وَٱلْمُقَاسَمَةِ . وَقَدْ لاَ يَبْقَىٰ شَيْءٌ ـ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ وَزَوْجٍ ـ فَيُفْرَضُ لَهُ سُدُسٌ وَيُزَادُ فِي ٱلْعَوْلِ . وَقَدْ يَبْقَىٰ دُونَ سُدُسٍ ـ كَبِنْتَيْنِ وَزَوْجٍ ـ فَيُفْرَضُ لَهُ وَتُعَالُ . وَقَدْ يَبْقَىٰ سُدُسٌ كَبِنْتَيْنِ وَأُمٍّ ـ فَيَفُوزُ بِهِ ٱلْجَدُّ . وَتَسْقُطُ ٱلإِخْوَةُ فِي هَـٰذِهِ ٱلأَحْوَالِ . . . .

فالقسمة خيرٌ له، وإن كانوا فوق مثليه؛ كجد وثلاث إخوة . . فالثلث خيرٌ له من المقاسمة .

(**وإن كان**) معهم ذو فرض (. . **فله الأكثر من سدس التركة وثلث الباقي والمقاسمةِ**) **أما السدس** . . فلأنه لا ينقص عنه مع الأولاد ؛ فمع الإخوة أولىٰ ، **وأما ثلث الباقي** . . فلأنه لو لم يكن صاحب فرض . . لأخذ ثلث جميع المال ، فإذا خرج قدر الفرض مستحقاً . . أخذ الثلث الباقي ، وكأن الفرضَ تَلِفَ من المال ، **وأما المقاسمة** . . فلما سبق من تنزيله منزلة أخ .

وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة ، والزوج ، والزوجة ؛ فسدس جميع المال خيرٌ له في زوجة ، وابنتين ، وجد ، وأخ .

وثلث الباقي خيرٌ له في جدة ، وجد ، وخمس إخوة ؛ أصلها من ثمانية عشر ، للجدة ثلاثة ، وللجد خمسة ، والباقي للإخوة لكلِّ أخ سهمان .

والمقاسمة خيرٌ له في جدة ، وجد ، وأخ ؛ أصلها من ستة ، وتصحُّ من اثني عشر .

(**وقد لا يبقىٰ شيء**) بعد أصحاب الفروض (**كبنتين وأم وزوج ؛ فيفرض له سدس ، ويزاد في العول**) فإنها من اثني عشر ، وعالت إلىٰ ثلاثة عشر ، وفرض له السدس فزاد العول إلىٰ خمسة عشر .

(**وقد يبقىٰ دون سدس ـ كبنتين وزوج ـ فيفرض له وتُعال**) فالمسألة من اثني عشر ؛ للبنتين الثلثان ، وللزوج الربع ، يبقىٰ نصف سدس ؛ فتعول إلىٰ ثلاثة عشر .

(**وقد يبقىٰ سدس ـ كبنتين وأم ـ فيفوز به الجد**) لأن أصلها من ستة ؛ للبنتين الثلثان ، وللأم السدس ، وللجد السدس .

(**وتسقط الإخوة**) والأخوات (**في هـٰذه الأحوال**) لأنهم عصبة ، وقد استغرق المالَ أهلُ الفرض .

وَلَوْ كَانَ مَعَ ٱلْجَدِّ إِخْوَةٌ وَأَخَوَاتٌ لِأَبَوَيْنِ وَلِأَبٍ . . فَحُكْمُ ٱلْجَدِّ مَا سَبَقَ وَيُعَدُّ أَوْلَادُ ٱلْأَبَوَيْنِ عَلَيْهِ أَوْلَادَ ٱلْأَبِ فِي ٱلْقِسْمَةِ . فَإِذَا أَخَذَ حِصَّتَهُ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ ٱلْأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ . . فَٱلْبَاقِي لَهُمْ وَيَسْقُطُ أَوْلَادُ ٱلْأَبِ ، وَإِلاَّ . . فَتَأْخُذُ ٱلْوَاحِدَةُ إِلَى ٱلنِّصْفِ ، وَٱلثِّنْتَانِ فَصَاعِداً إِلَى ٱلثُّلُثَيْنِ . . . .

(**ولو كان مع الجد إخوة وأخوات لأبوين ولأب . . فحكم الجد ما سبق**) من خير الأمرين إذا لم يكن معه صاحب فرض ، وخير الأمور الثلاثة إن كان ؛ كما لو لم يكن معه إلا أحد الصنفين .

وقوله : (ولأب) هو معطوف بـ(الواو) ، بخلاف المذكور أول الفصل ، فإنه معطوف بـ(أو) لأن ذاك فيما إذا كان معه أحدهما ، والكلام هنا فيما إذا كانا معه .

(**ويُعد أولاد الأبوين عليه أولادَ الأب في القسمة**) أي : يدخلونهم في العدد على الجد إذا كانت المقاسمة خيراً له .

(**فإذا أخذ حصته ؛ فإن كان في أولاد الأبوين ذكر**) واحد فأكثر معه أنثىٰ فأكثر أو وحده (. . **فالباقي لهم**) للذكر مثل حظ الأنثيين (**ويسقط أولاد الأب**) **مثاله** : جد ، وشقيق ، وأخ لأب ؛ هي من ثلاثة ، للجد سهم ، والباقي للشقيق ؛ لأن الأخ لأبوين ، يقول للجد : أنا وأخي من الأب بالإضافة إليك سواء ، وأنا الذي أحجبه فأزاحمك به وآخذ حصته ، وهـٰذا كما أن الإخوة يردون الأم من الثلث إلى السدس ، والأب يحجبهم ويأخذ ما نقَّصوا من الأم .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن فيهم ذكر ، بل تمحضوا إناثاً ، (. . **فتأخذ الواحدة إلى النصف**) أي : يكمل علىٰ حصتها إلىٰ تمام النصف ، **مثاله** : جد ، وشقيقة ، وأخ لأب ؛ هي من خمسة ، وتصحُّ من عشرة ؛ للجد أربعة ، وللشقيقة خمسة ، يفضل واحد للأخ من الأب .

(**والثنتان فصاعداً إلى الثلثين**) **مثاله** : جد ، وشقيقتان ، وأخ لأب ؛ هي : من ستة ، للجد سهمان ، والباقي للشقيقتين ، ولا شيء للأخ للأب ، فلو كان جد ، وشقيقتان ، وأخت لأب . . كانت من خمسة ؛ للجد سهمان ، والباقي للشقيقتين ، وهو دون الثلثين ، فلا تزادان عليه .

وَلاَ يَفْضُلُ عَنِ ٱلثُّلُثَيْنِ شَيْءٌ ، وَقَدْ يَفْضُلُ عَنِ ٱلنِّصْفِ فَيَكُونُ لِأَوْلاَدِ ٱلأَبِ . وَٱلْجَدُّ مَعَ أَخَوَاتٍ كَأَخٍ ؛ فَلاَ يُفْرَضُ لَهُنَّ مَعَهُ إِلاَّ فِي ٱلأَكْدَرِيَّةِ ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتٌ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ؛ لِلزَّوْجِ نِصْفٌ ، ولِلأُمِّ ثُلُثٌ ، ولِلْجَدِّ سُدُسٌ ، وَلِلأُخْتِ نِصْفٌ ، فَتَعُولُ ثُمَّ يَقْتَسِمُ ٱلْجَدُّ وَٱلأُخْتُ نَصِيبَهُمَا أَثْلاَثاً ، لَهُ ٱلثُّلُثَانِ . . . .

وهٰذا يدل علىٰ أن ذلك بالتعصيب ، وإلا لزيدتا وأعيلت ، ومثله : ما لو نقص ما بقي للشقيقة عن النصف ؛ كجد ، وأم ، وزوجة ، وشقيقة ، وأخ لأب ؛ فتقتصر الشقيقة علىٰ ما فضل لها ، ولا تزاد عليه .

فقوله : (فتأخذ الواحدة إلى النصف) أي : إن وجدته ، وكذا الثلثان في الثنتين ، وإلا . . لورد ذلك علىٰ إطلاقه .

(**ولا يفضل عن الثلثين شيء**) فإذا مات عن أختين شقيقتين ، وأخ لأب ، وجد ؛ فللجد الثلث ، والباقي وهو الثلثان للشقيقتين ، وهو تمام فرضهما .

(**وقد يفضل عن النصف فيكون لأولاد الأب**) كما سبق في جد ، وشقيقة ، وأخ لأب ، **والحاصل** : أن أولاد الأب لا يأخذون شيئاً إلا أن يكون ولد الأبوين أنثىٰ واحدة .

(**والجد مع أخوات كأخ ؛ فلا يفرض لهنَّ معه**) كما لا يفرض لهنَّ مع الأخ ؛ لوجود من يجعلها عصبة ، ولا تعال المسألة بسببهن وإن كان قد يفرض للجد وتعال المسألة بسببه كما سبق ؛ لأنه صاحب فرض بالجدودة فيرجع إليه للضرورة .

(**إلا في الأكدرية ، وهي : زوج ، وأم ، وجد ، وأخت لأبوين أو لأب ؛ للزوج نصف ، وللأم ثلث**)[1] لعدم من يحجبها عنه (**وللجد سدس**) كذلك أيضاً (**وللأخت نصف**) لعدم من يُسقطها ومن يُعصِّبها ؛ فإن الجد لو عصبها . . نقص حقه ؛ فتعين الفرض لها (**فتعول**) بنصيب الأخت ، وهو النصف إلىٰ تسعة فإن أصلها من ستة .

(**ثم يقتسم الجد والأخت نصيبهما أثلاثاً ، له الثلثان**) ونصيبهما أربعة ، وهي لا تنقسم علىٰ ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في تسعة تبلغ سبعة وعشرين ؛ للزوج تسعة ، وللأم ستة ، وللجد ثمانية ، وللأخت أربعة ، وإنما يقسم الثلثان بينهما ؛ لأنه لا سبيل

---

(١) في (ب) و(د) : (أو لأب ؛ فللزوج نصف) .

فَصْلٌ
[في موانع الإرث]

لاَ يَتَوَارَثُ مُسْلِمٌ وَكَافِرٌ . وَلاَ يَرِثُ مُرْتَدٌّ وَلاَ يُورَثُ . . . .

إلىٰ تفضيلها على الجد ؛ كما في سائر صور الجد والإخوة ؛ ففرض لها بالرحم ، وقسم بينهما بالتعصيب ؛ رعايةً للجانبين .

وفي تسمية هٰذه أكدرية سبعة أقوال[1] : **من أحسنها** : أنها كدرت علىٰ زيد مذهبه ؛ لأنه لا يفرض للأخت مع الجد ، ولا يعيل مسائل الجد ، وهنا فرض وأعال ، وأيضاً : فإنه جمع سهام الفرض فقسمها على التعصيب ؛ فكدرت مذهبه من هٰذه الأوجه الثلاثة ، **وقيل** : إن رجلاً يقال له أكدر ألقاها على ابن مسعود ؛ فسميت باسم السائل ، **وقيل** : إن الميتة في هٰذه الصورة كان اسمها أكدرة ؛ فسميت بها .

* * *

(**فصل**) **في موانع الميراث** (**لا يتوارث مسلم وكافر**) لقوله صلى الله عليه وسلم : « لاَ يَرِثُ ٱلْمُسْلِمُ ٱلْكَافِرَ ، وَلاَ ٱلْكَافِرُ ٱلْمُسْلِمَ » متفق عليه[2] .

ولا فرق بين النسب والولاء في ذلك ، وعن الإمام أحمد أن اختلاف الدين لا يمنع الإرث بالولاء ، ونقله القاضي عبد الوهاب المالكي عن الشافعي ، وغلط في ذلك ، وكأنه توهم ذلك من قول الشافعي : أن الولاء ثابت بين المسلم والكافر ، **ومعناه** : أن الولاء ثابت للكافر كالقرابة ؛ فإن أسلم قبل موت المسلم . . ورث به ، وإن مات قبل أن يسلم . . لم يرثه .

(**ولا يرث مرتد**) بحال ؛ إذ لا سبيل إلىٰ توريثه من مثله ؛ لأنه غير مبقىً ، ولا من مسلم ؛ للخبر المتقدم ، ولا من كافر أصلي ؛ للمنافاة بينهما ؛ لأنه لا يقر علىٰ دينه ، وذاك يقر ، (**ولا يورث**) بل ماله فيء لبيت المال ، وسواء في عدم التوريث منه ما اكتسبه في الإسلام ، أو في الردة ، ارتد في الصحة أو في المرض وقصد منع وارثه ، والدليل عليه فيما إذا ارتد في الصحة وفيما اكتسبه في الإسلام : الإجماع ، وفي

---

(١) في غير (أ) : (تسعة أقوال) .
(٢) صحيح البخاري (٦٧٦٤) ، صحيح مسلم (١٦١٤) عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما .

وَيَرِثُ ٱلْكَافِرُ ٱلْكَافِرَ وَإِنِ ٱخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا ، لَـٰكِنِ ٱلْمَشْهُورُ : أَنَّهُ لاَ تَوَارُثَ بَيْنَ حَرْبِيٍّ وَذِمِّيٍّ . وَلاَ يَرِثُ مَنْ فِيهِ رِقٌّ ....

الباقي : القياس عليهما ، وللإمام احتمال في توريث المرتد من مثله[1] ، والزنديق كالمرتد .

(**ويرث الكافر الكافر وإن اختلفت مِلّتهما**) كاليهودي والنصراني والمجوسي والوثني ؛ لأن جميع ملل الكفر في البطلان كالملة الواحدة ، قال تعالىٰ : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ وقال تعالىٰ : ﴿فَمَاذَا بَعْدَ ٱلْحَقِّ إِلَّا ٱلضَّلَـٰلُ﴾ ، **وقيل** : لا ترث ملة منهم ملة أخرىٰ ؛ بناءً علىٰ أن الكفر مللٌ مختلفة .

ولا فرق في توارث بعضهم من بعض بين أن يكونا حربيين أو غير حربيين ، ولا بين أن يكون الحربيان متفقي الدار أو مختلفَيْها ، وذلك بأن يختلف الملوك ، ويرىٰ بعضهم قتل بعض ؛ كالروم والهند ، كذا في « الروضة » و« أصلها »[2] ، لكن في « شرح مسلم » نقل عن الأصحاب : أن الحربيين في بلدين متحاربين لا يتوارثان[3] ، ونقله السبكي عن مسودة « شرح التنبيه » للمصنف ، قال في « المهمات » : **وهو وهم**[4] ، وإنما هو مذهب أبي حنيفة .

(**لكن المشهور : أنه لا توارث بين حربي وذمي**) لانقطاع الموالاة بينهما ، **والثاني** : يتوارثان ؛ لشمول الكفر .

والمعاهد والمستأمن كالذمي ، **وقيل** : كالحربي .

(**ولا يرث من فيه رقٌّ**) لقوله تعالىٰ : ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ فإن (اللام) فيه للتمليك ، والعبد لا يملك ، وإن قيل : يملك.. فهو ملك ضعيف ، ولأنه لو ورث.. لكان الملك للسيد ، وهو أجنبي من الميت .

وفي المبعض وجهٌ ضعيف : أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية ، **والصحيح** : المنع ؛

---

(١) نهاية المطلب (٩/ ١٥٠) .

(٢) روضة الطالبين (٦/ ٢٩) ، الشرح الكبير (٦/ ٥٠٧) .

(٣) شرح صحيح مسلم (١١/ ٥٣) .

(٤) المهمات (٦/ ٣٢٢) .

ـ وَٱلْجَدِيدُ : أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ يُورَثُ ـ وَلاَ قَاتِلٌ ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يُضْمَنْ . . وَرِثَ . وَلَوْ مَاتَ مُتَوَارِثَانِ بِغَرَقٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ فِي غُرْبَةٍ مَعاً ، أَوْ جُهِلَ أَسْبَقُهُمَا . . لَمْ يَتَوَارَثَا وَمَالُ كُلٍّ لِبَاقِي وَرَثَتِهِ . . . .

لأنه ناقص بالرق في النكاح والطلاق والولاية ؛ فلم يرث ؛ كالقن .

(**والجديد : أن من بعضه حر يورث**) ما ملكه ببعضه الحر ؛ لأنه تام الملك ؛ كالحر ، فترثه زوجته وقريبه أو معتقه .

وفي القدر الموروث وجهان : **أصحهما** : جميع ما ملكه ببعضه الحر ، **والثاني** : يقدر ما فيه من الحرية ، وباقيه لمالك بعضه .

والقديم : أنه لا يورث كما لا يرث ؛ كالمرتد فما تركه يكون لمالك باقيه ، ولم يذكر المصنف كون الرقيق لا يورث ؛ استغناءً بما اقتضاه كلامه في المبعض ، وقد صرح به في « المحرر »[1] .

(**ولا قاتل**) من مقتوله ؛ لأحاديث واردة في الباب كلُّها متكلم فيها[2] ، **والمعنىٰ فيه** : أنا لو ورثناه . . لم نأمن ذاعر من مستعجل الإرث أن يقتل مُورِّثه ؛ فاقتضت المصلحة حرمانه ، ولأن القتل قطع الموالاة ، وهي سبب الإرث ، وسواء أكان القتل عمداً أو خطأ ، وسواء قصدت مصلحته ؛ كضرب الأب والمعلم للتأديب ، وبطء جرحه ، وسقيه دواء إذا مات به الصبي أو غيره ، أو لم يقصد ، وسواء فيه المكره والمختار **على المذهب** .

(**وقيل : إن لم يُضمَن**) كقتله قصاصاً أو حداً (. . **ورث**) لأنه قتل بحق .

وقوله : (يضمن) هو بضم أوله ؛ ليدخل فيه القاتل خطأ ، فإن العاقلة تضمنه .

وقد يفهم كلام المصنف : أنه يرث المقتول من قاتله ولا خلاف فيه ، **وصورته** : بأن يجرح مُورِّثَه ، ثم يموت قبل المجروح ، ثم يموت المجروح من تلك الجراحة .

(**ولو مات متوارثان بغرق أو هدم أو في غربة معاً ، أو جُهل أسبقهما . . لم يتوارثا ، ومالُ كلٍّ لباقي ورثته**) لأن الله تعالىٰ إنما ورَّث الأحياء من الأموات ، وهنا

---

(١) المحرر (ص ٢٦٣) .

(٢) منها : ما أخرجه النسائي في « الكبرىٰ » (٦٣٣٤) ، وابن ماجه (٢٦٤٦) وأحمد (١/ ٤٩) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

وَمَنْ أُسِرَ ، أَوْ فُقِدَ وَٱنْقَطَعَ خَبَرُهُ . . تُرِكَ مَالُهُ حَتَّىٰ تَقُومَ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ ، أَوْ تَمْضِيَ مُدَّةٌ يَغْلِبُ عَلَى ٱلظَّنِّ أَنَّهُ لاَ يَعِيشُ فَوْقَهَا ، فَيَجْتَهِدُ ٱلْقَاضِي وَيَحْكُمُ بِمَوْتِهِ ، . . . .

لا نعلم حياته عند موت صاحبه ، فلم يرثه ؛ كالجنين إذا خرج ميتاً ، ولأنا إن ورثنا أحدهما فقط . . فهو تحكُّمٌ ، وإن ورثنا كلاًّ من صاحبه . . تيقنا الخطأ ؛ لأنهما إن ماتا معاً . . ففيه توريث ميت من ميت ، أو متعاقبين . . ففيه توريث من تقدم ممن تأخر ، وحينئذ فيقدر في حقِّ كلِّ ميت أنه لم يخلف الآخر .

ودخل في قوله : (جهل أسبقهما) صورتان : ما إذا لم يعلم هل وقعا معاً أو بالتلاحق ، أو علم التلاحق ولكن جهل السابق ؛ **فالحاصل** : ثلاث صور لا يورث فيها : هاتان ، وما إذا ماتا معاً ، وخرجت صورتان : ما لو علم السابق واستمر ، وهو واضح ، أو علم ثم نسي . . فإنه يوقف الميراث إلى الصلح ؛ لأن التذكر غير مأيوس منه .

وحاصل ما ذكره المصنف من الموانع : أربعة ، وأهمل الدور الحكمي ، وهو : أن يلزم مِنْ توريثه عدمُ توريثه ؛ كما لو أقرَّ الأخ بابنٍ لأخيه الميت . . فإنه يثبت نسبه ولا يرث ، وقد ذكره في (الإقرار)[1] .

ولو أعتق المريض أمة تخرج من ثلثه ، وتزوجها ثم مات . . **فالأصحُّ** : صحة النكاح ، ولا ترث ؛ لأن إرثها يؤدي إلىٰ نفيه ؛ فإن عتقها في المرض وصية لها ، والوصية لا تصح للوارث ، فلو ورثناها . . لبطل عتقها .

(ومن أسر ، أو فقد وانقطع خبرُه . . ترك ماله حتىٰ تقوم بيِّنةٌ بموته ، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، فيجتهد القاضي ويحكم بموته) لأن الأصل بقاءُ الحياة ، فلا يورث إلا بيقين ، أما عند البينة . . فظاهر ، وأما عند مضي المدة مع الحكم . . فلتنزيله منزلة قيام البينة .

وأفهم كلامه : أمرين : **أحدهما** : أن هـٰذه المدة لا تتقدر ، **وهو الصحيح** ، **وقيل** : تتقدر بسبعين سنة ، **وقيل** : بمئة وعشرين سنة ؛ فإنه العمر الطبيعي عند

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٢٨٦) .

ثُمَّ يُعْطِي مَالَهُ مَنْ يَرِثُهُ وَقْتَ ٱلْحُكْمِ . وَلَوْ مَاتَ مَنْ يَرِثُهُ ٱلْمَفْقُودُ . . وَقَفْنَا حِصَّتَهُ وَعَمِلْنَا فِي ٱلْحَاضِرِينَ بِٱلأَسْوَأ . . . .

الأطباء ، حكاه صاحب « البيان »[1] ، **ثانيهما** : اعتبار حكم الحاكم ، ولا يكفي مضي المدة ، وأشار الرافعي إلى اختلاف عبارة الأصحاب فيه ، وقال في « الشرح الصغير » : **الظاهر** اعتباره .

(**ثم يعطي ماله من يرثه وقت الحكم**) بموته ؛ فإنه فائدة الحكم .

وقوله : (وقت الحكم) كذا جزما به[2] ، وفي « البسيط » قبيل الحكم ، قال السبكي : ويشبه ألا يكون اختلافاً ، فإن الحكم إظهار فيقدر موته قبيله بأدنىٰ زمان ، وقوله : (من مات قبل الحكم بلحظة . . لم يرثه) لا ينافي ما قلناه ؛ فإنه وإن لم يفصل بينهما زمان . . فكموتهما معاً ، قال : وهـٰذا إذا أطلق الحكم ، أما إذا مضت مدة زائدة علىٰ ما يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها ، وحكم بموته من تلك المدة السابقة . . فينبغي ـ تفريعاً علىٰ رأي من يحكم بموته ـ أن يصحَّ ، ويعطي لمن كان وارثه في ذلك الوقت وإن كان سابقاً على الحكم ، قال : ولعله مرادهم وإن لم يصرحوا به .

(**ولو مات من يَرثه المفقودُ**) قبل الحكم بموته (. . **وقفنا حصته**) حتىٰ يتبين أنه كان عند الموت حيّاً أو ميتاً .

وتعبيره بالحصة صحيح إن كان له وارثٌ غيره ، وإلا . . وقفنا الكلّ ، وعلىٰ هـٰذا : فلا يستقيم قوله أولاً : (يرثه) ، **بل الصواب** : يرث منه .

(**وعملنا في الحاضرين بالأسوأ**) فمن يسقط بالمفقود لا يعطىٰ شيئاً حتىٰ يتبين حاله ، ومن ينقص حقه بحياته يقدر في حقه حياته ؛ **مثاله** : زوج مفقود ، وأختان لأب ، وعم حاضرون ؛ فتعطى الأختان أربعة من سبعة ، ويوقف الباقي حتىٰ يتبين حاله ، ومن ينقص حقه بموته يقدر في حقه موته ؛ كأخ لأب مفقود ، وشقيق ، وجد حاضرين ؛ فيقدر في حق الجد حيّاً ، وفي حق الأخ ميتاً ، ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته . . يعطىٰ نصيبه ؛ كابن مفقود ، وبنت ، وزوج حاضرين ؛ للزوج الربع بكلِّ حال .

---

(١) البيان (٩/ ٣٥) .

(٢) الشرح الكبير (٦/ ٥٢٦) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٥) .

وَلَوْ خَلَّفَ حَمْلاً يَرِثُ أَوْ قَدْ يَرِثُ . . عُمِلَ بِٱلأَحْوَطِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ ، فَإِنِ ٱنْفَصَلَ حَيّاً لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَ ٱلْمَوْتِ . . وَرِثَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . بَيَانُهُ : إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ سِوَى ٱلْحَمْلِ ، أَوْ كَانَ مَنْ قَدْ يَحْجُبُهُ . . وُقِفَ ٱلْمَالُ ، وَإِنْ كَانَ مَنْ لاَ يَحْجُبُهُ وَلَهُ مُقَدَّرٌ . . أُعْطِيَهُ عَائِلاً إِنْ أَمْكَنَ عَوْلٌ كَزَوْجَةٍ حَامِلٍ وَأَبَوَيْنِ ؛ لَهَا ثُمُنٌ وَلَهُمَا سُدُسَانِ عَائِلاَتٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مُقَدَّرٌ كَأَوْلاَدٍ . . لَمْ يُعْطَوْا . وَقِيلَ : أَكْثَرُ ٱلْحَمْلِ أَرْبَعَةٌ فَيُعْطَوْنَ ٱلْيَقِينَ . . . .

(ولو خلف حملاً يرث) مطلقاً لو كان منفصلاً (أو قد يرث) بتقدير الذكورة ؛ كحمل امرأة الأخ ، والجد ، أو بتقدير الأنوثة ؛ كمن ماتت عن زوج ، وأخت لأبوين ، وحمل من الأب ، فإن كان الحمل ذكراً . . لا يرث شيئاً ؛ لاستغراق أهل الفرض المال ، وإن كان أنثىٰ . . فلها السدس (. . عُمل بالأحوط في حقه وحق غيره) كما سيأتي (فإن انفصل) كلُّه (حيّاً لوقت يعلم وجوده عند الموت) أي : موت مورثه (. . ورث) لثبوت نسبه .

(وإلا) أي : وإن انفصل ميتاً أو انفصل بعضه حيّاً ، ثم مات قبل انفصاله ، أو انفصل حيّاً لوقت لا يعلم وجوده عند الموت (. . فلا) يرث ؛ لأنه في الصورة الأولىٰ والثانية كالعدم ، وفي الثالثة منتف نسبه عن الميت .

(بيانه : إن لم يكن وارث سوى الحمل ، أو كان من قد يحجبه . . وُقف المال) إلى انفصاله .

(وإن كان من لا يحجبه وله مقدر . . أُعطيه عائلاً إن أمكن عولٌ ؛ كزوجة حامل وأبوين ؛ لها ثمنٌ ، ولهما سدسان عائلات) لاحتمال أن الحمل بنتان فيدفع إلى الزوجة ثلاثة من سبعة وعشرين ، وللأبوين ثمانية منها ، ويوقف الثلثان عالين .

وقوله : (عائلات) هو بالمثناة فوق ؛ يعني : الثمنَ والسدسين .

(وإن لم يكن له مقدر ؛ كأولاد . . لم يعطوا) في الحال شيئاً ؛ بناءً علىٰ أن الحمل لا يتقدر بعدد ، **وهو الصحيح** ؛ لعدم انضباطه ؛ لأنه قد وجد خمسة في بطن ، وسبعة في بطن ، واثنا عشر في بطن ، وأربعون في بطن .

(وقيل : أكثر الحمل أربعة) جزم به جماعة ، وقال الشيخ أبو محمد : إنه **المذهب** (فيعطون اليقين) أي : فيوقف ميراث أربعة ويقسم الباقي ؛ مثاله : خلَّف

وَٱلْخُنْثَى ٱلْمُشْكِلُ إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ إِرْثُهُ كَوَلَدِ أُمٍّ وَمُعْتِقٍ . . فَذَاكَ ، وَإِلاَّ . . فَيُعْمَلُ بِٱلْيَقِينِ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُوقَفُ ٱلْمَشْكُوكُ فِيهِ حَتَّىٰ يَبِينَ . . . .

ابناً ، وزوجة حاملاً ؛ فلها الثمن ، ولا يدفع للابن شيء على الأول ، وعلى الثاني : يدفع إليه خمس الباقي .

(**والخنثى المشكل إن لم يختلف إرثه**) بالذكورة والأنوثة (**كولد أُمٍّ ومعتق . . فذاك**) أي : فيدفع إليه نصيبه ، ولا إشكال .

واعلم : أن الخنثىٰ ضربان ، **أحدهما** : ألا يكون له فرج رجل ولا فرج امرأة ، بل يكون له ثقبة يبول منها لا تشبه فرج واحد منهما ، **الثاني** : أن يكون له فرج رجل وفرج امرأة ، مأخوذ من قولهم : يخنَّث الطعامُ : إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود وشارك طعم غيره ، سمي الخنثىٰ بذلك ؛ لاشتراك الشبهين فيه .

(**وإلا**) أي : وإن اختلف إرثه (. . **فيعمل باليقين في حقه وحق غيره ، ويوقف المشكوك فيه حتىٰ يَبين**) حاله ؛ لوجوب العمل باليقين وترك المشكوك فيه ؛ **مثاله** كما ذكره في « المحرر » : ولد خنثىٰ وأخ ؛ يصرف إلى الولد النصف ، ويوقف الباقي .

ولد خنثىٰ وبنت وعم ؛ للبنت وللخنثى الثلثان بالسوية ، ويوقف الباقي بين الخنثىٰ ، والعم .

زوج ، وأب ، وولد خنثىٰ ؛ للزوج الربع ، وللأب السدس ، وللولد النصف ، ويوقف الباقي بينه وبين الأب[1] .

ولو مات الخنثىٰ في مدة التوقف . . **فالأظهر** : أنه لا بد من الاصطلاح ، وفي قول : يُردُّ إلىٰ ورثة الميت الأول ، ولو اصطلح الذين وقف المال بينهم علىٰ تساوٍ أو تفاوت . . جاز إذا لم يكن فيهم محجور عليه ، قال الإمام : ولا بدَّ أن يجري بينهم تواهب ، وإلا . . لبقي المال علىٰ صورة التوقف ، وهـٰذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، لكنها تحتمل للضرورة[2] .

---

(١) المحرر (ص ٢٦٤) .

(٢) نهاية المطلب (٩/ ٣٢٤) .

وَمَنِ ٱجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ وَتَعْصِيبٍ كَزَوْجٍ هُوَ مُعْتِقٌ أَوِ ٱبْنُ عَمٍّ . . وَرِثَ بِهِمَا . **قُلْتُ** : فَلَوْ وُجِدَ فِي نِكَاحِ ٱلْمَجُوسِ أَوِ ٱلشُّبْهَةِ بِنْتٌ هِيَ أُخْتٌ . . وَرِثَتْ بِٱلْبُنُوَّةِ ، وَقِيلَ : بِهِمَا ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَلَوِ ٱشْتَرَكَ ٱثْنَانِ فِي جِهَةِ عُصُوبَةٍ وَزَادَ أَحَدُهُمَا بِقَرَابَةٍ أُخْرَىٰ كَٱبْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ . . فَلَهُ ٱلسُّدُسُ وَٱلْبَاقِي بَيْنَهُمَا ، . . . .

(ومن اجتمع فيه جهتا فرض وتعصيب ؛ كزوج هو معتق أو ابن عم . . ورث بهما) فيأخذ النصف بالزوجية ، والآخر بالولاء أو ببنوة العم ؛ لأنه وارث بسببين مختلفين ؛ فأشبه ما لو كانت القرابتان في شخصين .

(قلت : فلو وجد في نكاح المجوس أو الشبهة بنتٌ هي أخت) لأب ؛ بأن وطىء بنته فأولدها بنتاً ثم ماتت العليا ، فقد خلَّفت أختاً من أب وبنتاً (. . ورثت بالبنوة) فقط ؛ لأنهما قرابتان يورث بكلٍّ منهما عند الانفراد ، فيورث بأقواهما ، ولم يورث بهما ؛ كالأخت للأبوين لا ترث بالقرابتين معاً ، فلا ترث النصف بأختية الأب ، والسدس بأختية الأم إجماعاً .

(وقيل : بهما ، والله أعلم) فترث النصف بالبنوة ، والباقي بالأخوة ؛ لأنهما سببان يورث بكلٍّ منهما عند الانفراد ، فإذا اجتمعا . . لم يسقط أحدهما الآخر ؛ كابن عم هو أخ لأم ، قال ابن الملقن : وهـٰذه الزيادة تدخل في قوله بعد : (ومن اجتمع فيه جهتا فرض . . .) إلىٰ آخره ؛ لأن المذكور هناك قاعدة عامة ، وهـٰذه من بعض أمثلتها .

نعم ؛ أفاد وجهاً ليس في « المحرر » بقوله : (وقيل : بهما) . انتهىٰ[1] .

وهو مردود ؛ فإن الزيادة من قاعدة اجتماع الفرض والتعصيب ، والمذكور آخراً من قاعدة اجتماع الفرضين ، ولا يلزم من انتفاء التوريث بجهتي الفرض انتفاؤه بجهتي فرض وتعصيب ، ولهـٰذا مثَّل هنا ببنت هي أخت .

(ولو اشترك اثنان في جهة عصوبة وزاد أحدهما بقرابة أخرىٰ ؛ كابني عمٍّ أحدهما أخ لأم . . فله السدس) فرضاً (والباقي بينهما) بالعصوبة ؛ لما مرَّ .

---

(١) عجالة المحتاج (٣/ ١٠٧١) .

فَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتٌ . . فَلَهَا ٱلنِّصْفُ وَٱلْبَاقِي بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِهِ ٱلأَخُ . وَمَنِ ٱجْتَمَعَ فِيهِ جِهَتَا فَرْضٍ . . وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا فَقَطْ . وَٱلْقُوَّةُ بِأَنْ تَحْجُبَ إِحْدَاهُمَا ٱلأُخْرَىٰ ، أَوْ لاَ تَحْجُبَ ، أَوْ تَكُونَ أَقَلَّ حَجْباً : فَٱلأُولَىٰ : كَبِنْتٍ هِيَ أُخْتٌ لِأُمٍّ ؛ بِأَنْ يَطَأَ مَجُوسِيٌّ ، أَوْ مُسْلِمٌ بِشُبْهَةٍ أُمَّهُ فَتَلِدَ بِنْتاً . وَٱلثَّانِي : كَأُمٍّ هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ ؛ بِأَنْ يَطَأَ بِنْتَهُ فَتَلِدَ بِنْتاً . وَٱلثَّالِثُ : كَأُمِّ أُمٍّ هِيَ أُخْتٌ ؛ بِأَنْ يَطَأَ هَـٰذِهِ ٱلْبِنْتَ ٱلثَّانِيَةَ فَتَلِدَ وَلَداً . . فَٱلأُولَىٰ أُمُّ أُمِّهِ وَأُخْتُهُ . . . .

(فلو كان معهما بنتٌ . . فلها النصف والباقي بينهما) بالسوية[1] ؛ لأن أخوة الأم تسقط بالبنت ، (وقيل : يختص به الأخ) لأن البنت منعت من الأخذ بقرابة الأم ، وإذا لم يأخذ بها . . ترجحت عصوبته ؛ كأخ لأبوين مع أخ لأب .

وصورة **ابني عم أحدهما أخ لأم** : أن يتعاقب أخوان على امرأة ، وتلد لكلٍّ واحد منهما ابنا ولأحدهما ابن من غيرها ؛ فابناه ابنا عم الآخر ، وأحدهما أخوه لأمه .

(ومن اجتمع فيه جهتا فرض . . ورث **بأقواهما فقط**) لما سبق (**والقوة بأن تحجب إحداهما الأخرىٰ**) حجب حرمان أو نقصان ، (**أو لا تحجب**) أصلاً ، والأخرىٰ قد تحجب ، (**أو تكون أقل حجباً**) أي : تحجب كلّ واحدة لكن حجب أحدهما أقل ؛ فهـٰذه ثلاث صور .

(فالأولىٰ[2] : كبنت هي أخت لأم ؛ بأن يطأ مجوسي ، أو مسلم بشبهة أمه فتلد بنتاً) فالأخوة للأم ساقطة بالبنتية ، ولا تكون هـٰذه الصورة إلا والميت رجل .

(والثاني : كأم هي أخت لأب ؛ بأن يطأ بنته فتلد بنتاً) فترث بالأمومة ؛ لأنها لا تحجب حجب حرمان أصلاً ، والأخت تحجب .

(والثالث : كأم أم هي أخت ؛ بأن يطأ هـٰذه البنت الثانية فتلد ولداً ؛ فالأولىٰ أمُّ أمِّه وأخته) أي : أم أم الولد وأخته لأبيه فترث بالجدودة ؛ لأنها أقلُّ حجباً ؛ إذ لا يحجبها إلا الأم ، وأما الأخت . . فيحجبها جماعة كما مرَّ ، ولا يرثون بالزوجية قطعاً ؛

---

(١) كلمة (بالسوية) في غير (أ) من المتن .

(٢) في « المنهاج » المطبوع (ص ٣٤٦) : (فالأول) .

فَصْلٌ

[في أصول المسائل وما يعول منها]

إِنْ كَانَتِ ٱلْوَرَثَةُ عَصَبَاتٍ . . قُسِّمَ ٱلْمَالُ بِٱلسَّوِيَّةِ إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُوراً أَوْ إِنَاثاً . وَإِنِ ٱجْتَمَعَ ٱلصِّنْفَانِ . . قُدِّرَ كُلُّ ذَكَرٍ أُنْثَيَيْنِ ، وَعَدَدُ رُؤُوسِ ٱلْمَقْسُومِ عَلَيْهِمْ أَصْلُ ٱلْمَسْأَلَةِ . وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرْضٍ أَوْ ذَوَا فَرْضَيْنِ مُتَمَاثِلَيْنِ . . فَٱلْمَسْأَلَةُ مِنْ مَخْرَجِ ذَلِكَ ٱلْكَسْرِ ؛ .

لبطلانها ، كذا قاله الشيخان هنا[1] ، لكنهما حكيا عن البغوي في (كتاب النكاح) : أن منهم من بنى التوارث على الخلاف في صحة أنكحتهم[2] .

* * *

(فصل : إن كانت الورثة عصبات . . قُسِّم المال بالسوية إن تمحَّضوا ذكوراً) كبنين أو إخوة، أو أعمام، أو بنيهم، سواء النسب والولاء، (أو إناثاً) كأربع نسوة أعتقن عبداً بينهن بالسوية، وهٰذا لا يتصور إلا في الولاء؛ فإن تفاوت الملك . . تفاوت الإرث .

(وإن اجتمع الصنفان . . قُدِّر كلُّ ذكر أنثيين) ولا يقدر للأنثىٰ نصف نصيب ؛ لئلا ينطق بالكسر ، واتفقوا علىٰ عدم النطق به .

(وعدد رؤوس المقسومِ عليهم أصلُ المسألة) فإذا خلَّف ابنين وبنتين . . فأصل المسألة من ستة ، وهٰكذا .

(وإن كان فيهم) أي : في الورثة (ذو فرض ، أو ذوا فرضين متماثلين . . **فالمسألة**) أصلها (من مخرج ذلك الكسر) **مثال الأول** : بنت ، وعم ؛ المسألة من اثنين ، **ومثال الثاني** : أم ، وأخ لأم ، وأخ لأب ؛ هي من ستة ، وكذا الحكم فيما إذا لم يكن فيهم عصبة ؛ كزوج ، وأخت لأبوين ، أو لأب ؛ هي من اثنين أيضاً .

وهٰذه المسألة تُسمَّى **النصفية** ؛ إذ ليس لنا شخصان يرثان المال مناصفة فرضاً سواهما ، وتُسمَّى **اليتيمة** ؛ إذ ليس لها نظير .

وقوله : (متماثلين) أي : إما فرضاً ؛ كزوج ، وأخت ، أو مخرجاً ؛ كشقيقتين ، وأخوين لأم .

---

(١) الشرح الكبير (٦/ ٥٠١) ، روضة الطالبين (٦/ ٤٤) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ١٢٦) ، روضة الطالبين (٧/ ١٧١) .

فَمَخْرَجُ ٱلنِّصْفِ : ٱثْنَانِ ، وَٱلثُّلُثِ : ثَلَاثَةٌ ، وَٱلرُّبُعِ : أَرْبَعَةٌ ، وَٱلسُّدُسِ : سِتَّةٌ ، وَٱلثُّمُنِ : ثَمَانِيَةٌ . وَإِنْ كَانَ فَرْضَانِ مُخْتَلِفَا ٱلْمَخْرَجِ ؛ فَإِنْ تَدَاخَلَ مَخْرَجَاهُمَا . . فَأَصْلُ ٱلْمَسْأَلَةِ أَكْثَرُهُمَا كَسُدُسٍ وَثُلُثٍ ، وَإِنْ تَوَافَقَا . . ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي ٱلْآخَرِ وَٱلْحَاصِلُ أَصْلُ ٱلْمَسْأَلَةِ كَسُدُسٍ وَثُمُنٍ فَٱلْأَصْلُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَإِنْ تَبَايَنَا . . ضُرِبَ كُلٌّ فِي كُلٍّ وَٱلْحَاصِلُ ٱلْأَصْلُ كَثُلُثٍ وَرُبُعٍ ، ٱلْأَصْلُ ٱثْنَا عَشَرَ . . . .

واعلم : أن المخرج هو أقل عدد يصحُّ منه الكسر ، وهو أصل المسألة .

والكسر : هو الجزء وهو ما دون الواحد .

(**فمخرج النصف : اثنان ، والثلث : ثلاثة ، والربع : أربعة ، والسدس : ستة ، والثمن : ثمانية**) لأن أقلَّ ما له نصف اثنان ، وأقلَّ ما له ثلث ثلاثة ، وأقلَّ ما له ربع أربعة ، وأقلَّ ما له سدس ستة ، وأقلَّ ما له ثمن ثمانية ، وكلُّها مشتقة من أسماء العدد لفظاً ومعنىً إلا النصف ، فلم يشتق من اسم العدد ، ولو اشتق منه . . لقيل : ثُني بضم أوله ، وإنما اشتق من التناصف ؛ يعني : أن المقتسمين قد تناصفا واقتسما بالسوية .

وسكوته عن الثلثين يفهم أنه ليس جزءاً برأسه ، وهو كذلك ، وإنما هو تضعيف الثلث .

(**وإن كان فرضان مختلفا المخرج ؛ فإن تداخل مخرجاهما . . فأصل المسألة أكثرهما ؛ كسدس وثلث**) كأم ، وأخ لأم ، وعم ؛ هي من ستة ، للأم الثلث ، وهو من ثلاثة ، وللأخ السدس ، وهو من ستة ، والثلاثة داخلة في الستة ؛ لأن المتداخلين كلُّ عددين مختلفين أقلهما جزء من الأكثر لا يزيد علىٰ نصفه ؛ كالثلاثة من الستة ومن التسعة ، والأربعة من الثمانية .

(**وإن توافقا**) بجزء من الأجزاء (. . **ضرب وفق أحدهما في الآخر ، والحاصل أصل المسألة ؛ كسدس وثمن ؛ فالأصل : أربعة وعشرون**) كما إذا خلَّف أُمّاً ، وزوجة ، وابناً ؛ فالسدس والثمن متوافقان بالأنصاف ، فاضرب نصف أحدهما في الآخر يبلغ أربعة وعشرين .

(**وإن تباينا . . ضرب كلٌّ في كلٍّ ، والحاصل الأصل ؛ كثلث وربع ، الأصل : اثنا عشر**) كأم ، وزوجة ، وأخ ؛ فالثلث والربع متباينان ، فاضرب مجموع أحدهما في الآخر يبلغ اثني عشر .

فَٱلْأُصُولُ سَبْعَةٌ : ٱثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَٱثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ، وَٱلَّذِي يَعُولُ مِنْهَا : ٱلسِّتَّةُ إِلَىٰ سَبْعَةٍ كَزَوْجٍ وَأُخْتَيْنِ ، . . . .

(فالأصول) أي : المخارج (سبعة : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون) لأن الفروض المذكورة في القرآن لا يخرج حسابها إلا من هـٰذه السبعة ، **وهـٰذا ما عليه قدماء الأصحاب** ، وزاد المتأخرون أصلين آخرين في مسائل الجد والإخوة حيث كان ثلث الباقي بعد الفروض خيراً له ؛ **أحدهما** : ثمانية عشر ؛ كجد ، وأم ، وإخوة ، **والثاني** : ستة وثلاثون ؛ كجد ، وأم ، وزوجة ، وإخوة .

أصل الأولىٰ : من ثمانية عشر ؛ لأنه أقلُّ عدد يكون له سدس ، وثلث ما بقي ، **وأصل الثانية** : من ستة وثلاثين ، واختار في « الروضة » طريق المتأخرين ؛ لأنه أخصر ، ولأن ثلث ما تبقىٰ فرض مضموم إلى السدس والربع ؛ فلتكن الفريضة من مخرجها[1] .

(والذي يعول منها) أي : من هـٰذه الأصول ثلاثة ؛ وهي : ستة ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون ؛ لإمكان اجتماع فروض تزيد عليها ، بخلاف الباقي .

(الستة إلىٰ سبعة ؛ كزوج وأختين) شقيقتين ، أو لأب ؛ فتعول بمثل سدسها .

وهـٰذه الصورة أول فريضة عالت في الإسلام[2] ؛ لأنها وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع لها الصحابة ، وقال لهم : فرض الله تعالىٰ للزوج النصف ، وللأختين الثلثين ، فإن بدأت بالزوج . . لم يبق للأختين حقهما ، وإن بدأت بالأختين . . لم يبق للزوج حقه ، فأشار عليه العباس رضي الله عنه بالعول ، وقال : أرأيت لو مات رجل وترك ستة دراهم ، ولرجل عليه ثلاثة ، ولآخر أربعة أليس يجعل المال سبعة أجزاء ؟ قال : نعم ؛ فقال العباس : هو ذاك ، فأجمع الصحابة عليه ، وكان ابن عباس صغيراً فلما كبر أظهر الخلاف .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٦٢) .

(٢) أخرجها الحاكم (٤/ ٣٤٠) ، والبيهقي (٦/ ٢٥٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

وَإِلَىٰ ثَمَانِيَةٍ كَهُمْ وَأُمٍّ ، وَإِلَىٰ تِسْعَةٍ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ ، وَإِلَىٰ عَشَرَةٍ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ . وَٱلِاثْنَا عَشَرَ إِلَىٰ ثَلَاثَةَ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمٍّ وَأُخْتَيْنِ ، وَإِلَىٰ خَمْسَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَأَخٍ لِأُمٍّ ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ كَهُمْ وَآخَرَ لِأُمٍّ . وَٱلْأَرْبَعَةُ وَٱلْعِشْرُونَ إِلَىٰ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ كَبِنْتَيْنِ وَأَبَوَيْنِ وَزَوْجَةٍ . . . .

والعول : عبارة عن رفع الحساب ، **ومعناه** : أنا نرفع سهام المسألة عن سهام ذوي الفروض ؛ ليدخل النقص علىٰ كلٍّ بقدر فرضه .

(**وإلىٰ ثمانية ؛ كهم وأم**) فتعول بمثل ثلثها ، وإدخال الكاف على الضمير لغة قليلة .

(**وإلىٰ تسعة ؛ كهم وأخ لأم**) فيزاد عليها سهم واحد لولد الأم فتعول بمثل نصفها .

(**وإلىٰ عشرة ؛ كهم وآخر لأم**) فتعول بمثل ثلثيها ، وتُسمَّىٰ هٰذه : **أم الفُروخ** ، لكثرة سهامها العالية فيها ، **والشُّريحية** ؛ لأن شُريحاً قضىٰ فيها بذلك ؛ فتلخص أن الستة تعول أربع مرات ، ثم إنها متىٰ عالت إلىٰ أكثر من سبعة لا يكون الميت إلا امرأة ؛ لأنها لا تعول إلىٰ ذلك إلا بزوج .

(**والِاثنا عشر إلىٰ ثلاثة عشر ؛ كزوجة وأم وأختين**) لغير أمٍّ، فتعول بنصف سدسها .

(**وإلىٰ خمسة عشر ؛ كهم وأخ لأم**) فتعول بربعها ، فيزاد علىٰ ما سبق سهمان للأخ للأم .

(**وسبعة عشر ؛ كهم وآخر لأم**) فتعول بربعها ، وسدسها ، ويزاد علىٰ ما مرَّ سهمان للأخ الآخر ، وهٰذه الثلاث مراتب لا يتصور إلا والميت رجل ، كما أفهمه تمثيل المصنف[1] .

(**والأربعة والعشرون إلىٰ سبعة وعشرين**) فقط (**كبنتين وأبوين وزوجة**) فتعول بمثل ثمنها ، وهو نصيب الزوجة ، وتسمىٰ هٰذه : **المنبرية** ؛ لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر ، فقال ارتجالاً : صار ثمنها تسعاً[2] ، ومضىٰ في خطبته ، وذلك

---

(١) قال في « العجالة » (٣/ ١٠٧٢) : بعد مثال المصنف : (قلت : وكذا هٰؤلاء وأمّ وجدة . انتهىٰ ، وهو عجيب ؛ فإن الأم مذكورة أولاً في الخمسة عشر ، والجدة لا ترث معها) . اهـ هامش (أ) .

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٦٨ـ ٦٩) ، والبيهقي (٦/ ٢٥٣) .

وَإِذَا تَمَاثَلَ ٱلْعَدَدَانِ . . فَذَاكَ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا وَفَنِيَ ٱلْأَكْثَرُ بِٱلأَقَلِّ مَرَّتَيْنِ فَأَكْثَرَ . . فَمُتَدَاخِلاَنِ
كَثَلاَثَةٍ مَعَ سِتَّةٍ أَوْ تِسْعَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلاَّ عَدَدٌ ثَالِثٌ . . فَمُتَوَافِقَانِ بِجُزْئِهِ كَأَرْبَعَةٍ وَسِتَّةٍ
بِٱلنِّصْفِ ، وَإِنْ لَمْ يُفْنِهِمَا إِلاَّ وَاحِدٌ . . تَبَايَنَا كَثَلاَثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ . . . .

لأن ثلاثة من سبعة وعشرين تسع في الحقيقة ، ولا يكون هـٰذا العول إلا والميت رجل بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل .

(**وإذا تماثل العددان . . فذاك**) أي : فأمره واضح ؛ كثلاثة وثلاثة ، فتسقط أحدهما وتكتفي بالآخر .

(**وإن اختلفا وفَنِيَ الأكثر بالأقل مرتين فأكثر . . فمتداخلان ؛ كثلاثة مع ستة أو تسعة**) أو خمسة وعشرة ؛ فإن الستة تفنىٰ بإسقاط الثلاثة مرتين ، والتسعة بإسقاط الثلاثة منها ثلاث مرات ؛ لأنها ثلثها ، والعشرة تفنىٰ بإسقاط الخمسة مرتين ؛ لأنها نصفها .

(**وإن لم يفنهما إلا عدد ثالث**) أي : وإن اختلفا ، ولم يفن أقلهما أكثرهما ، ولكن يفنيهما عدد ثالث (. . **فمتوافقان بجزئه ؛ كأربعة وستة بالنصف**) لأنك إذا سلطْت الأربعة على الستة . . يبقىٰ منها اثنان ، سَلِّطْهما على الأربعة مرتين تفنىٰ بهما ؛ فقد حصل الإفناء باثنين ، وهو عدد غير الستة والأربعة ، فهما متوافقان بجزء ذلك العدد وهو النصف .

وحكم المتوافق : أنك تضرب وفق أحد العددين في كامل الآخر ، فإن أفنىٰ عددين أكثر من عدد واحد . . فهما متوافقان بأجزاء ما في ذلك العدد من الآحاد ؛ كالاثني عشر والثمانية عشر ، تفنيهما الستة والثلاثة والاثنان ، فهما متوافقان بالأسداس ، والأثلاث ، والأنصاف ، والعمل والاعتبار في مثل ذلك بالجزء الأقلِّ ؛ فيعتبر في هـٰذا المثال السدس .

(**وإن لم يفنهما إلا واحد . . تباينا ؛ كثلاثةٍ وأربعةٍ**) لأنك إذا أسقطت الثلاثة من الأربعة . . بقي واحد ، فإذا سلطته على الثلاثة . . فنيت به ، وسُمِّيا بالمتباينين ؛ لأن فناءهما بمُباينهما ، وهو الواحد ، وإنما قلنا إن الواحد مباين لهما ؛ لأنهما عددان والواحد ليس بعدد ، والمنفي ضد المثبت ومباين له ، بخلاف ما إذا أفناهما عدد

وَٱلْمُتَدَاخِلاَنِ مُتَوَافِقَانِ ، وَلاَ عَكْسَ .

فَرْعٌ

[في تصحيح المسائل]

إِذَا عَرَفْتَ أَصْلَهَا وَٱنْقَسَمَتِ ٱلسِّهَامُ عَلَيْهِمْ . . فَذَاكَ . وَإِنِ ٱنْكَسَرَتْ عَلَىٰ صِنْفٍ . . قُوبِلَتْ بِعَدَدِهِ ؛ فَإِنْ تَبَايَنَا . . ضُرِبَ عَدَدُهُ فِي ٱلْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا إِنْ عَالَتْ ، . . . .

ثالث ؛ فإن التوافق حاصل في العددية .

وحكم المتباين : أنك تضرب أحد العددين في الآخر ؛ فانحصر حينئذ نسبة كلِّ عددين أحدهما إلى الآخر في هـٰذه الأربعة : التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .

(**والمتداخلان متوافقان**) بأجزاء ما في العدد الأقلِّ ؛ كالخمسة مع العشرة بينهما موافقة بالأخماس مع التداخل .

(**ولا عكس**) لأنه يكون التوافق ولا تداخل ؛ كالستة مع الثمانية ؛ لأن شرط التداخل ألا يزيد علىٰ نصفه .

* * *

(**فرع**) **في تصحيح المسائل** (**إذا عرفت أصلها**) أي : أصل المسألة (**وانقسمت السهام عليهم**) أي : على المستحقين (. . **فذاك**) أي : فلا حاجة إلىٰ ضرب ؛ كزوج وثلاث بنين ؛ هي من أربعة تنقسم عليهم ، وكزوج وأختين لغير أم ؛ هي من ستة ، وتعول إلىٰ سبعة ؛ للزوج ثلاثة ، ولكلِّ أخت اثنان .

(**وإن انكسرت علىٰ صنف** . . **قوبلت بعدده**) أي : قوبلت سهامه بعدد رؤوسه (**فإن تباينا**) أي : السهام والرؤوس (. . **ضرب عدده في المسألة بعولها إن عالت**) فما اجتمع صحت منه المسألة ؛ **مثاله** : زوجة وأخوان ؛ هي من أربعة ، للزوجة الربع سهم ، وللأخوين ثلاثة أسهم منكسرة عليهما ، فاضرب عددهما في المسألة وهي أربعة تكن ثمانية ومنها تصحُّ .

ومثاله بالعول : زوج وخمس أخوات ، أصلها من ستة وتعول إلىٰ سبعة ، ونصيب الأخوات أربعة ، وهي لا تصحُّ عليهن ولا توافق ، فاضرب خمسة في سبعة تبلغ خمسة وثلاثين ، ومنها تصحُّ .

وَإِنْ تَوَافَقَا . . ضُرِبَ وَفْقُ عَدَدِهِ فِيهَا . وَإِنِ ٱنْكَسَرَتْ عَلَىٰ صِنْفَيْنِ . . قُوبِلَتْ سِهَامُ كُلِّ صِنْفٍ بِعَدَدِهِ ؛ فَإِنْ تَوَافَقَا . . رُدَّ ٱلصِّنْفُ إِلَىٰ وَفْقِهِ ، وَإِلاَّ . . تُرِكَ ، ثُمَّ إِنْ تَمَاثَلَ عَدَدُ ٱلرُّؤُوسِ . . ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ ٱلْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا ، وَإِنْ تَدَاخَلاَ . . ضُرِبَ أَكْثَرُهُمَا ، وَإِنْ تَوَافَقَا . . ضُرِبَ وَفْقُ أَحَدِهِمَا فِي ٱلآخَرِ ثُمَّ ٱلْحَاصِلُ فِي ٱلْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ تَبَايَنَا . . ضُرِبَ أَحَدُهُمَا فِي ٱلآخَرِ . . . .

(وإن توافقا . . ضُربَ وفق عدده) أي : الصنف (فيها)[1] أي : في أصل المسألة بعولها إن عالت ؛ كأم وأربعة أعمام وهي من ثلاثة ، للأم سهم ، وللأعمام سهمان ، لا تصحُّ عليهم ولكن توافق بالنصف ، فاضرب اثنين في ثلاثة بستة ومنها تصحُّ .

واعلم : أن الضرب عند الحُسَّاب تضعيف أحد العددين بقدر ما في الآخر من الآحاد ، والواحد ليس بعدد وإنما هو مبدؤه .

(**وإن انكسرت علىٰ صنفين . . قوبلت سهام كلِّ صنف بعدده**) أي : بعدد الصنف الذي انكسر عليهم ، (**فإن توافقا . . رُدَّ الصنف إلىٰ وفقه**) أي : رد رؤوس كلِّ صنف إلىٰ جزء الوفق .

(**وإلا**) أي : وإن لم يكن بين كلِّ صنف منهما وسهامه موافقة (. . **ترك**) عدد كلِّ فريق بحاله ، فإن كان الوفق في أحد الصنفين . . رددت رؤوسه إلىٰ جزء الوفق ، وتركت رؤوس الآخر بحالها ؛ فهـٰذه ثلاثة أحوال ؛ لأنه إما أن يكون بين عدد كلِّ فريق وسهامه موافقة بجزءٍ أم لا ، أو بين أحدهما دون الآخر ، وفي كلٍّ منها أربعُ مسائل ؛ لأن عدد الفريقين فيها إما أن يكونا متماثلين أو متداخلين أو متوافقين أو متباينين ؛ كما سيذكره المصنف ، وفيه اثنا عشر مسألة سنذكر أمثلتها .

(**ثم إن تماثل عدد الرؤوس**) في هـٰذه الأحوال (. . **ضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها**) إن عالت (**وإن تداخلا . . ضرب أكثرهما**) في أصل المسألة بعولها .

(**وإن توافقا . . ضرب وفق أحدهما في الآخر ، ثم الحاصل في المسألة**) بعولها (**وإن تباينا . . ضرب أحدهما في الآخر**) ويُسمَّى الحاصل من ضرب وفق أحدهما أو كله في الآخر : جزء السهم .

---

(١) هنا في « المنهاج » (ص ٣٤٨) المطبوع بعد كلمة (فيها) زيادة ، وهي : (فما بلغ صحت منه) .

ثُمَّ ٱلْحَاصِلُ فِي ٱلْمَسْأَلَةِ ، فَمَا بَلَغَ . . صَحَّتْ مِنْهُ . . . .

(**ثم**) اضرب (**الحاصل**) وهو جزء السهم (**في**) أصل (**المسألة**) بعولها (**فما بلغ . . صحت منه**) **أمثلة الحالة الأولىٰ** : وهي ما إذا كان بين عدد كل فريق وسهامِه موافقةٌ بجزء ، وفيها أربع مسائل : أم ، وستة إخوة لأم ، واثنا عشر أختاً لأب ؛ أصلها من ستة ، وتعول إلىٰ سبعة ، للإخوة سهمان يُوافِقان عددَهم بالنصف ، فتردُّ عددَهم إلىٰ ثلاثة ، وللأخوات أربعة توافق عددهم بالربع ، فترد عددهم إلىٰ ثلاثة ؛ فتماثل العددان المردودان ، فاضرب ثلاثة في سبعة تبلغ أحداً وعشرين ومنها تصحُّ .

أم ، وثمانية إخوة لأم ، وثمان أخوات لأب ؛ ترجع عددَ الإخوة إلىٰ أربعة ، والأخوات إلى اثنين ، وتضرب أربعةً في سبعة تبلغ ثمانية وعشرين ومنها تصحُّ .

أم ، واثنا عشر أخاً لأم ، وستة عشر أختاً لأب ؛ ترجع الإخوةَ إلىٰ ستة ، والأخوات إلىٰ أربعة ، وهما متوافقان ، وتضرب اثنين في ستة باثني عشر ثم تضرب اثني عشر في سبعة تبلغ أربعة وثمانين ، ومنها تصحُّ .

أم ، وستة إخوة لأم ، وثمان أخوات لأب ؛ ترجع الإخوةَ إلىٰ ثلاثة ، والأخوات إلى اثنين ، وهما متباينان ، تضرب اثنين في ثلاثة بستة ، ثم اضرب ستة في سبعة تبلغ اثنين وأربعين .

أمثلة الحالة الثانية : وهي ألا يكون بين فريق وسهامِه موافقةٌ بجزء ؛ ثلاث بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، تصحُّ من تسعة .

ثلاث بنات ، وستة إخوة ، تصحُّ من ثمانية عشر .

تسع بنات ، وستة إخوة ، تصحُّ من أربعة وخمسين .

ثلاث بنات ، وأخوان لأب ، تصحُّ من ثمانية عشر .

أمثلة الحالة الثالثة : وهي ما إذا كان بين سهام أحد الفريقين ورؤوسِهم موافقةٌ دون الآخر ؛ ست بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، تصحُّ من تسعة .

أربع بنات ، وأربع إخوة لأب ، ترجع عدد البنات إلى اثنين فيتداخل العددان ، فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر ، ومنها تصحُّ .

ثمان بنات ، وستة إخوة لأب ، ترجع عددهن إلىٰ أربعة ، ويتوافق العددان

وَيُقَاسُ عَلَىٰ هَـٰذَا : ٱلِانْكِسَارُ عَلَىٰ ثَلاَثَةِ أَصْنَافٍ وَأَرْبَعَةٍ ، وَلاَ يَزِيدُ ٱلْكَسْرُ عَلَىٰ ذَٰلِكَ ، فَإِذَا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ صِنْفٍ مِنْ مَبْلَغِ ٱلْمَسْأَلَةِ . . فَٱضْرِبْ نَصِيبَهُ مِنْ أَصْلِ ٱلْمَسْأَلَةِ فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِيهَا ، فَمَا بَلَغَ . . فَهُوَ نَصِيبُهُ ، ثُمَّ تَقْسِمُهُ عَلَىٰ عَدَدِ ٱلصِّنْفِ . . . .

بالنصف ، فتضرب أربعة في ثلاثة تبلغ اثني عشر ، تضربها في ثلاثة تبلغ ستة وثلاثين ، ومنها تصحُّ .

أربع بنات ، وثلاثة إخوة لأب ، ترجع عددهن إلى اثنين ، ويتباين العددان ، فتضرب اثنين في ثلاثة بستة ، ثم تضرب ستة في ثلاثة تبلغ ثمانية عشر ، ومنها تصحُّ .

(**ويقاس علىٰ هـٰذا : الانكسار علىٰ ثلاثة أصناف وأربعة**) فينظر أولاً في سهام كلِّ صنف وعددِ رؤوسهم ، فحيث وجدنا الموافقة رددنا الرؤوس إلىٰ جزء الوفق ، وحيث لم نجدها بقيناه بحاله ، ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوالُ السابقة في النظر إلى التماثل ، والتداخل ، والتوافق ، والتباين .

(**ولا يزيد الكسر علىٰ ذلك**) أي : علىٰ أربعة أصناف ؛ لأن الوارثين في الفريضة الواحدة لا يزيدون علىٰ خمسة أصناف ؛ كما تقدم عند اجتماع كلِّ الورثة ، ولا بدَّ من صحة نصيب أحد الأصناف عليه ؛ لأن أحد الأصناف الخمسة أحد الزوجين والأبوان ، والواحد يصحُّ نصيبه عليه فلزم الحصر ، كذا أطلقوه ، **ومحلُّه** : في غير الولاء أما الولاء . . فيمكن فيه الزيادة علىٰ أربعة .

(**فإذا أردت**) بعد فراغك من تصحيح المسألة (**معرفة نصيب كلِّ صنف من مبلغ المسألة . . فاضرب نصيبه من أصل المسألة فيما ضربته فيها ، فما بلغ . . فهو نصيبه ثم تقسمه علىٰ عدد الصنف**) **مثاله** كما في « المحرر » : جدتان ، وثلاث أخوات لأب ، وعم ، هي من ستة ، وتبلغ بالضرب ستة وثلاثين ؛ للجدتين من أصل المسألة سهم مضروب فيما ضربناه في المسألة يكون ستة ، وللأخوات أربعة مضروبة في ستة تبلغ أربعة وعشرين ، والباقي ـ وهو ستة ـ للعم(١) .

* * *

---

(١) المحرر (ص ٢٦٦ـ٢٦٧) .



[في المناسخات]

مَاتَ عَنْ وَرَثَةٍ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ ٱلْقِسْمَةِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَرِثِ ٱلثَّانِيَ غَيْرُ ٱلْبَاقِينَ وَكَانَ إِرْثُهُمْ مِنَ ٱلثَّانِي كَإِرْثِهِمْ مِنَ ٱلأَوَّلِ . . جُعِلَ كَأَنَّ ٱلثَّانِيَ لَمْ يَكُنْ وَقُسِمَ بَيْنَ ٱلْبَاقِينَ كَإِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ أَوْ بَنِينَ وَبَنَاتٍ مَاتَ بَعْضُهُمْ عَنِ ٱلْبَاقِينَ . وَإِنْ لَمْ يَنْحَصِرْ إِرْثُهُ فِي ٱلْبَاقِينَ . . .

(فرع) في المناسخات (مات عن ورثة فمات أحدهم قبل القسمة ؛ فإن لم يرث الثاني غيرُ الباقين وكان إرثهم) أي : الباقين (من الثاني كإرثهم من الأول . . جعل كأن الثاني لم يكن وقسم بين الباقين ؛ كإخوة وأخوات ، أو بنين وبنات مات بعضهم عن الباقين) لأن المال صار إليهم بطريق واحد فكأن الذين ماتوا بعد الأول لم يكونوا .

وكلام المصنف وتمثيله يشعران بكون جميع الباقين وارثين ، وكونهم عصبة ، وليس ذلك بشرط ، بل يأتي فيما إذا كان الورثة في الثانية بعض الباقين بشرط كونهم عصبةً في المسألتين ، وغير الوارث من الثاني ذا فرض في الأولىٰ ؛ كأن ماتت عن زوج ، وابنين من غيره ثم مات أحد الابنين قبل القسمة . . فإن ورثة الميت الثاني هو الباقي من الاثنين دون الزوج ، وهـٰذا الوارث عصبة في المسألتين ، والزوج الذي لا يرث في الثانية ذو فرض في الأولىٰ ، فيفرض أن الميت الثاني لم يكن ، ويدفع ربع تركة المرأة إلىٰ زوجها ، والباقي لابنها الحي .

ويأتي أيضاً فيها إذا كان ورثته هم الباقون جميعهم ، وإرثهم بالفريضة في الثانية كما في الأولىٰ بشرط أن يكون الميت الثاني ذا فرض في الأولىٰ ولكن فرضه قدر عول المسألة الأولىٰ ؛ كأن ماتت امرأة عن زوج ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، ثم نكح الزوج الأخت لأب ، فماتت الأخت للأب المنكوحة عن الزوج والأخت ؛ فإن المسألة الأولىٰ من ستة وتعول بنصيب الأخت للأب إلىٰ سبعة ، فإذا ماتت هي . . فُرِض أنها لم تكن ، وترك العول ، وقسم المال نصفين بين الزوج والأخت ؛ لأن فرض كلٍّ منهما النصفُ في المسألتين ، ومثله : ما لو مات عن زوج ، وأم ، وولدي أم ، وأخت لأبوين ، ثم نكح الزوج الأخت الشقيقة فماتت عن الباقين .

(وإن لم ينحصر إرثه في الباقين) إما لأن الوارث غيرُهم ، أو لأن غيرهم يشركهم

أَوِ ٱنْحَصرَ وَٱخْتَلَفَ قَدْرُ ٱلِاسْتِحْقَاقِ . . فَصَحِّحْ مَسْأَلَةَ ٱلأَوَّلِ ثُمَّ مَسْأَلَةَ ٱلثَّانِي ، ثُمَّ إِنِ ٱنْقَسَمَ نَصِيبُ ٱلثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ ٱلأَوَّلِ عَلَىٰ مَسْأَلَتِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ . . ضُرِبَ وَفْقُ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ ٱلأَوَّلِ ، وَإِلاَّ . . كُلُّهَا فِيهَا ، فَمَا بَلَغَ صَحَّتَا مِنْهُ ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ ٱلأُولَىٰ . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِيمَا ضُرِبَ فِيهَا ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ ٱلثَّانِيَةِ . . أَخَذَهُ مَضْرُوباً فِي نَصِيبِ ٱلثَّانِي مِنَ ٱلأُولَىٰ أَوْ فِي وَفْقِهِ إِنْ كَانَ بَيْنَ مَسْأَلَتِهِ وَنَصِيبِهِ وَفْقٌ .

فيه (**أو انحصر واختلف قدر الاستحقاق . . فصَحِّح مسألة الأول ثم مسألة الثاني ، ثم إن انقسم نصيب الثاني من مسألة الأول علىٰ مسألته . . فذاك**) **مثاله** : زوج ، وأختان لأب ماتت إحداهما عن الأخرىٰ ، وبنت ؛ فالمسألة الأولىٰ بعولها من سبعة ، والثانية من اثنين ، ونصيب الميتة الثانية من المسألة الأولى اثنان ينقسم علىٰ مسألتها .

(**وإلاّ**) أي : وإن لم ينقسم (**فإن كان بينهما موافقة . . ضرب وفقُ مسألته في مسألة الأول**) **مثاله** : جدتان ، وثلاث أخوات متفرقات ، ثم ماتت الأخت من الأم عن أخت لأم هي الشقيقة في الأولىٰ ، وعن أختين شقيقتين ، وعن أم أم هي إحدى الجدتين في الأولىٰ .

(**وإلاّ**) أي : وإن لم يكن بينهما موافقة بل كان بينهما تباين . . ضربت (**كلها فيها ، فما بلغ صحَّتا منه ، ثم**) تقول (**من له شيء من الأولىٰ . . أخذه مضروباً فيما ضرب فيها**) وهو وفق المسألة الثانية أو جميعها (**ومن له شيء من الثانية . . أخذه مضروباً في نصيب الثاني من الأولىٰ ، أو في وفقه إن كان بين مسألته ونصيبه وفقٌ**) **مثاله** : زوجة ، وثلاث بنين ، وبنت ، ثم ماتت البنت عن أم ، وثلاثة إخوة وهم الباقون من ورثة الأول ، فالأولىٰ من ثمانية ، والثانية تصحُّ من ثمانية عشر ، ونصيب الميتة من الأولىٰ سهمٌ لا يوافق مسألتها ؛ فتضرب الثانية في الأولىٰ تبلغ مئة وأربعة وأربعين ؛ للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر ، ولكلِّ ابن سهمان مضروبان في ثمانية عشر ، وللأم في الثانية ثلاثةٌ مضروبة في سهم الميتة وهو واحد ، ولكلِّ أخ خمسة .

وقوله : (وإلا) يوهم ثلاث صور : التباين ، والتداخل ، والتماثل ، لكن مراده

. . . .

التباين خاصة ، ولهـٰذا فسرنا به كلامه ، وقد صرح الفوراني بعدم مجيء التداخل والتماثل .

والحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين

* * *

تم الجزء الأول من « **بداية المحتاج في شرح المنهاج** » في ليلة يسفر صباحها عن نهار عيد الأضحىٰ عاشر الحجة الحرام عام اثنين وخمسين وثمان مئة علىٰ يد أفقر عباد الله وأحوجهم إلىٰ عفوه وغفرانه محمد بن حسين بن أحمد الكركي مولداً ، الدمشقي منشأً ، الشافعي مذهباً ، عفا الله عنه آمين .

* * *

كتاب الوصايا

تَصِحُّ وَصِيَّةُ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ وَإِنْ كَانَ كَافِراً ، وَكَذَا مَحْجُورٌ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، . . . .

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وبه توفيقي ، وهو حسبي

يارَبِّ يَسِّرْ ، وَٱمْنُنْ بإتْمَامِهِ ياكريم ، وَاخْتِمْ بخَيْرٍ[1]

(كتاب الوصايا)

هي جمع وصية ؛ كعرايا وعرية ، وهدايا وهدية ، مأخوذة من وَصَيْتُ الشيء بالشيء أَصِيه : إذا وصلته ؛ لأن الموصي وصل القربةَ الواقعة بعد الموت بالقربات المُنجَّزة في حياته ، وهي في **الشرع** : تبرع مضاف إلىٰ ما بعد الموت .

والأصلُ فيها : قوله تعالىٰ في أربعة مواضـع من المواريث : ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ .

وحديث : « مَا حَقُّ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إلاَّ وَوَصِيَّتُهُ مُكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » متفق عليه[2] ، والإجماع قائم علىٰ مشروعيتها .

(**تصح وصية كلِّ مكلف حرّ**) مختار بالإجماع ؛ لأنها تبرع (**وإن كان كافراً**) ولو حربيّاً ؛ لأنه يصحُّ إعتاقه وتمليكاته ، والمرتد ؛ إن أبقينا ملكه . . صحت وصيته **على الأصحِّ في** « **البحر** » ، وإن وقفناه . . وقفنا وصيته ؛ كما ذكره المصنف في (كتاب الردة)[3] .

(**وكذا محجور عليه بسفه على المذهب**) لصحة عبارته ، بدليل قبول إقراره بالعقوبة ، ونفوذ طلاقه ، ولاحتياجه إلى الثواب ، **هـٰذا أصحُّ الطريقين** . ونقل ابن

---

(١) راعينا في صياغة هـٰذه الديباجة جميع النسخ .
(٢) صحيح البخاري (٢٧٣٨) ، صحيح مسلم (١٦٢٧) عن ابن عمر رضي الله عنهما .
(٣) منهاج الطالبين (ص٥٠٢) .

عبد البرِّ والأستاذ أبو منصور وغيرهما : الإجماع فيه[١] .

وقيل : على القولين في الصبي المميز ؛ لأنه مثلُه في أن عبارته ملغاة في التبرع .

وقضية تقييده بالمحجور : أن السفيه الذي لم يحجر عليه بأن طرأ السفه . . تصحُّ وصيته بلا خلاف ، وليس كذلك ؛ فإنا إذا قلنا : بعود الحجر من غير حاكم . . ففيه الخلاف في المحجور .

واحترز بالسفه : عن حجر الفلس . . فإنه تصحُّ وصيته قطعاً ؛ كما قاله القاضي الحسين .

وقال الماوردي : إن ردها الغرماءُ . . بطلت ، وإن أجازوها . . صحت ، إن قيل : حجره حجر مرض ، وإن قيل : حجر سفه . . ففيه الخلاف[٢] .

وقال الجرجاني : لا تصحُّ وصيته في غير المال ، وتصحُّ مطلقة ؛ لأنه لا ضرر على الغرماء .

(**لا مجنون ومغمىً عليه**) إذ لا عبارة لهما ، وفي معناهما : من عاين الموت ؛ إذ لا قول له ، حكاه الرافعي عن الأصحاب في الكلام على المرض المخوف[٣] .

(**وصبي**) لأنها عقد تمليك ، فلم تصحَّ ؛ كهبته وإعتاقه ، (**وفي قول : تصحُّ من صبي مميز**) لأنها لا تزيل ملكه في الحال ، وتفيد الثواب بعد الموت ، فصحت كسائر القربات ، بخلاف الهبة والإعتاق ، وهـٰذا ما رجحه جمع من الأصحاب ، **فعلىٰ هـٰذا** : لو وهب في مرض موته أو أعتق . . **فقضية كلام الشيخين** : الجزمُ بعدم نفوذه ؛ لأن الوصية يمكن الرجوع فيها[٤] ، بخلافهما .

وحكى الماوردي وغيره في نفوذ العتق والهبة : وجهين ، ورجح السبكي منهما : المنع .

---

(١) الاستذكار (٢٣/ ٢٦) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ١١) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٤٣) .

(٤) الشرح الكبير (٧/ ٢٦) ، روضة الطالبين (٦/ ١٠٩ـ ١١٠) .

وَلاَ رَقِيقٍ ، وَقِيلَ : إِنْ عَتَقَ ثُمَّ مَاتَ . . صَحَّتْ . وَإِذَا وَصَّىٰ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ . . فَٱلشَّرْطُ : أَلاَّ تَكُونَ مَعْصِيَةً كَعِمَارَةِ كَنِيسَةٍ ، أَوْ لِشَخْصٍ . . فَٱلشَّرْطُ : أَنْ يُتَصَوَّرَ لَهُ ٱلْمِلْكُ ؛ فَتَصِحُّ لِحَمْلٍ ....

وأفهم كلام المصنف : أن غير المميز لا تصحُّ منه قطعاً ، وبه صرح الدارمي والمتولي .

(**ولا رقيق**) ولو مدبراً ومكاتباً وأم ولد ؛ لأن الله تعالىٰ جعل الوصية حيث التوارث ، والعبد لا يورث فلم يدخل في الأمر بالوصية .

(**وقيل : إن عتق ثم مات . . صحت**) لأن عبارته صحيحة ، وقد أمكن العمل بها ، **والصحيح** : المنع ؛ لعدم أهليته حينئذ .

(**وإذا وصىٰ لجهة عامة . . فالشرط : ألاّ تكون معصيةً ؛ كعمارة كنيسة**) وكتابة التوراة والإنجيل ، وكتب النجوم والفلسفة ، وسائر العلوم المحرمة ؛ لأن القصد من الوصية تداركُ ما فات في حال الحياة من الإحسان ؛ فلا يجوز أن تكون معصية ، وسواء أوصىٰ بذلك مسلم أو كافر ، بل حكى الشيخ عز الدين عن الأشعري : أن الوصية ببناء الكنيسة من المسلم . . ردة .

وإذا انتفت المعصية . . فلا فرق بين أن تكون قربة ؛ كالفقراء وبناء المسَاجد ، أو مباحة لا تظهر فيها القربة ؛ كالوصية للأغنياء .

وأطلق منع الوصية بعمارة الكنيسة ، **ومحلُّه** : في بناء كنيسة للتعبد ، أما كنيسة ينزلها المارة ، أو وقفها علىٰ قوم يسكنونها ، أو يحمل كِراؤها للنصارىٰ . . فتجوز ، وقيل : إن خص نزولها بأهل الذمة . . لم يجز ؛ لأن فيه جمعاً له ، فيفضي إلىٰ تعبدهم ، واختاره السبكي ، وقال : ينبغي تخصيص الجواز بما إذا لم يسمها باسم الكنيسة ، فإن سماها باسمها . . بطل قطعاً .

(**أو لشخص**) معين وإن تعدد أفراده ؛ كزيد وعمر وبكر (. . **فالشرط : أن يتصور له الملك**) عند الموت ولو بمعاقدة وليه ، أو بإرثه ؛ لأنها تمليك .

(**فتصحُّ لحمل**) كما يرث ، بل أولىٰ ؛ لصحة الوصية لمن لا يرث ؛ كالمكاتب ، هـٰذا في الحمل الموجود ولو نطفة ، أما لو قال : (لحملها الذي سيحدث) . . **فالأصحُّ** : البطلان .

وَتَنْفُذُ إِنِ ٱنْفَصَلَ حَيّاً وَعُلِمَ وُجُودُهُ عِنْدَهَا ؛ بِأَنِ ٱنْفَصَلَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنِ ٱنْفَصَلَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ وَٱلْمَرْأَةُ فِرَاشُ زَوْجٍ أَوْ سَيِّدٍ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشاً وَٱنْفَصَلَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ . . فَكَذَلِكَ ، أَوْ لِدُونِهِ . . ٱسْتَحَقَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

(**وتنفذ إن انفصل حيّاً**) بحياة مستقرة ، فإن انفصل ميتاً ولو بجناية جان . . فلا شيء له ؛ كما لا يرث .

(**وعُلم وجوده عندها ؛ بأن انفصل لدون ستة أشهر**) من الوصية ؛ لأنها أقلُّ مدة الحمل ، فإذا خرج قبلها . . علم أنه كان موجوداً عند الوصية ، وسواء كان لها زوج أو سيد أم لا .

(**فإن انفصل لستة أشهر فأكثر والمرأة فراش زوج أو سيد . . لم يستحق**) لاحتمال حدوثه بعد الوصية فلا يستحق بالشك ، وقيده الإمام بما إذا ظن أنه يغشاها أو أمكن بأن كان معها في بلد ولا مانع ، ويكفي من السيد إقرارُه بوطئها[1] .

وإلحاقهم الستة أشهر هنا بما فوقها يخالف ما ذكروه في (الطلاق) و(العدة) من إلحاقها بما دونها ، وصوبه في « المهمات » لأنه لا بدَّ من تقدير زمن للعلوق بلحظتي الوطء والوضع ، وإمكان غَشَيانها[2] .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : ما لو انفصل لدون ستة أشهر أحد توأمين ثم انفصل توأم آخر وبينه وبين الأول دون ستة أشهر . . فإنه يدخل في الوصية وإن زاد ما بين الوصية وبين انفصاله علىٰ ستة أشهر .

(**فإن لم تكن فراشاً وانفصل لأكثر من أربع سنين . . فكذلك**) للعلم بأنه لم يكن موجوداً عند الوصية ؛ فإن أكثر الحمل أربعُ سنين .

(**أو لدونه . . استحق في الأظهر**) كما يثبت النسب ، ولأن الظاهر وجودُه عند الوصية ؛ لأن وطء الشبهة نادر ، والزنا إساءة ظن ، **والثاني** : المنع ؛ لاحتمال العلوق بعد الوصية ويخالف النسب ؛ فإنه يثبت بالإمكان ، والوصية لا تثبت إلا باليقين .

قال السبكي : **وصورته** ـ كما يقتضيه كلام أبي الطيب ـ : في متوفىٰ عنها أو

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ١١٥) .

(٢) المهمات (٦/ ٣٣٤) .

وَإِنْ وَصَّىٰ لِعَبْدٍ فَٱسْتَمَرَّ رِقُّهُ . . فَٱلْوَصِيَّةُ لِسَيِّدِهِ ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ ٱلْمُوصِي . . فَلَهُ ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ ثُمَّ قَبِلَ . . بُنِيَ عَلَىٰ أَنَّ ٱلْوَصِيَّةَ بِمَ تُمْلَكُ ؟ . . . .

مطلقة ، أما من لم يعرف لها زوج ولا سيد . . فينبغي القطع بعدم الاستحقاق ؛ لانتفاء الظهور حينئذ .

وذكر المصنف الضمير في قوله : (لدونه) تبعاً لـ « المحرر »[1] ليعود علىٰ (أكثر) ، فيفيد أنه لو انفصل لأربع سنين بغير زيادة . . استحق .

(وإن وصىٰ لعبد) لغيره وليس بمكاتب ولا مبعض (**فاستمر رقه**) إلىٰ موت الموصي (. . **فالوصية** لسيده) عند موت الموصي ؛ كما لو اصطاد أو احتطب ، فلو قتل العبد الموصيَ . . لم تبطل الوصية[2] ، ولو قتله سيده . . كانت الوصية لقاتل .

ويقبلها العبد لا السيد وإن كانت الوصية له ؛ لأن الخطاب ليس معه ، ولا يفتقر قبول العبد إلىٰ إذن السيد **على الأصحِّ** في المسألتين .

(**فإن عتق قبل موت الموصي . . فله**) لأن الوصية تملك بعد الموت ، وهو حرٌّ حينئذ .

(**وإن عتق بعد موته ثم قَبِل . . بُني علىٰ أن الوصية بمَ تملك ؟**) فإن قلنا بالموت أو موقوفة . . فللسيد ، وإن قلنا : بالقبول . . فللعبد .

واحترز بقوله : (ثم قبل) : عما لو قبل ثم عتق . . فهي للسيد .

واعلم : أنهم أطلقوا هنا كونَ الوصية للسيد ، وفصلوا في (الوقف) و(الهبة) بين أن يقصد العبد نفسه ؛ فيبطل في الجديد ، أو السيد أو يطلق ؛ فلسيده ، قال السبكي : ولم يقل أحد هنا بهـٰذا التفصيل ، فيحتمل حمل كلامهم هنا علىٰ حالة الإطلاق ، وإليه جنح ابن الرفعة[3] ، ويحتمل عدم مجيء التفصيل هنا .

والفرق : أنه قد يعتق قبل موت الموصي ؛ فتكون الوصية له أو لا ؛ فلسيده ، بخلاف الهبة والوقف ؛ فإن الاستحقاق فيهما ناجز ، فأبطلنا فيما إذا قصد من ليس أهلاً للملك ، وصححنا في غيره .

---

(١) المحرر (ص٢٦٨) .
(٢) في (و) : (فلو قتل العبد الموصىٰ له) .
(٣) كفاية النبيه (١٢/ ٩٠) .

وَلَوْ وَصَّىٰ لِدَابَّةٍ وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا أَوْ أَطْلَقَ . . فَبَاطِلَةٌ ، فَإِنْ قَالَ : (لِيُصْرَفَ فِي عَلْفِهَا) . . فَٱلْمَنْقُولُ : صِحَّتُهَا . وَتَصِحُّ لِعِمَارَةِ مَسْجِدٍ ، . . . .

وخرّج بعضهم صحةَ الوصية فيما إذا قصد العبد نفسه : علىٰ أن العبد يملك أم لا ؟

(**ولو وصىٰ لدابة وقصد تمليكها أو أطلق . . فباطلة**) لأن مطلق اللفظ للتمليك ، والدابة لا تملك ، بخلاف الإطلاق للعبد ؛ فإنه ينتظم معه الخطاب ويتأتىٰ منه القبول ، وربما عتق قبل موت الموصي ؛ فيثبت له الملك ، بخلاف الدابة ، وقد جزموا هنا بالبطلان ، وذكروا في إطلاق الوقف عليها وجهين في كونه وقفاً علىٰ مالكها .

قال الرافعي : فيشبه مجيئهما هنا وقد يفرق : بأن الوصية تمليكٌ محض ، فينبغي إضافته إلىٰ من يملك ، بخلاف الوقف ، قال النووي : والفرق **أصحُّ** ، وقال ابن الرفعة : في الفرق نظر من حيث إنه لا خلاف أن الموقوف عليه يملك المنفعة ، والدابة لا تملك شيئاً[1] ، ورده السبكي بأن المنفعة تابعة للعين ، وإنما يملكها عند التناول . انتهىٰ ، **وفيه نظر** .

قال الزركشي : وقد حكى ابن يونس عن جده : أنه في حالة الإطلاق تكون على الوجهين في الوقف عليها ، قال : وأولىٰ بالصحة ؛ لأن باب الوصية أوسع .

(**فإن قال : « ليصرف في علفها » . . فالمنقول : صحتها**) لأن علفها علىٰ مالكها ، فهو المقصود بالوصية ، ويشرط قبوله **على الأصحِّ** ؛ لأنه الذي يملكها ؛ كسائر الوصايا .

وأشار بقوله : (المنقول) إلى احتمال للرافعي من مجيء وجهين ؛ كنظيره من الوقف[2] .

وضبط المصنف بخطه (علفها) ، بإسكان اللام وفتحها ، وهو صحيح ، فبالإسكان : المصدر ، وبالفتح : المأكول .

(**وتصحُّ لعمارة مسجد**) إنشاءً وترميماً ؛ لأنه قربة ، وسواء المسلم والكافر ، وكذا تصحُّ علىٰ مصالح المسجد .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ١٨) ، روضة الطالبين (٦/ ١٠٥) ، كفاية النبيه (١٢/ ٢١) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ١٨) .

وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ فِي ٱلْأَصَحِّ وَيُحْمَلُ عَلَىٰ عِمَارَتِهِ وَمَصَالِحِهِ ، وَلِذِمِّيٍّ ، . . . .

(**وكذا إن أطلق في الأصحِّ**) فإن قال : (أوصيت به للمسجد) . . فيصحُّ .

(**ويحمل علىٰ عمارته ومصالحه**) عملاً بالعرف ، ويصرفه الناظر إلى الأهم والأصلح باجتهاده ، **والثاني** : تبطل ؛ لأنه لا يملك ؛ كالدابة ، وردّه الإمام ؛ بأن الوصية للدابة نادر مستنكر في العرف ، فتعين اعتبار اللفظ[1] .

وسكت المصنف عما إذا قال : (أردت تمليك المسجد) ، ونقل الرافعي عن بعضهم : أن الوصية باطلة ، ثم بحث فيه ؛ لأن للمسجد ملكاً وعليه وقفاً ، وذلك يقتضي صحة الوصية ، قال المصنف : **وهـٰذا هو الأفقه الأرجح**[2] ، وقال ابن الرفعة : في كلام الرافعي ما يفهم جواز الهبة للمسجد ، قال ابن الملقن : (وبه صرح القاضي في « تعليقه » في « باب الوقف »[3] .

والكعبة في ذلك كالمسجد ؛ كما صرح به في « البيان » نقلاً عن الشيخ أبي علي ، قال : ويصرف إلىٰ عمارتها[4] ، **وقيل** : إلىٰ مساكين مكة .

قال ابن الملقن : (وينبغي إلحاق الكسوة بالعمارة ؛ فإنها من جملة المصالح ، وكذا ما أوصي به للضريح النبوي يحمل علىٰ ما يختص به دون الأشياء الخارجة عنه في حرمه ؛ فإنها قد تدخل في الوصية للحرم)[5] .

(**ولذمي**) كما يجوز التصدق عليه ، وروى البيهقي : (أن صفية أوصت لأخيها بألف دينار وكان يهودياً)[6] .

وعن محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا ﴾ : هو وصية المسلم لليهودي والنصراني[7] ، والمعاهدُ والمستأمن : كالذمي .

(١) نهاية المطلب (١١/ ٢٩٤) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ١٩) ، روضة الطالبين (٦/ ١٠٧) .

(٣) عجالة المحتاج (٣/ ١٠٨٢) .

(٤) البيان (٨/ ٢٣٦) .

(٥) عجالة المحتاج (٣/ ١٠٨٢) .

(٦) سنن البيهقي (٦/ ٢٨١) .

(٧) انظر « تفسير الطبري » (٢٨٣٤٧ـ ٢٨٣٥١) .

وَكَذَا حَرْبِيٌّ وَمُرْتَدٌّ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَقَاتِلٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

ومحلُّ الصحة : بما يجوز له تملكه ؛ فلا يصحُّ بالمصحف والعبد المسلم على النصِّ .

(**وكذا حربي ومرتد في الأصحِّ**) كالهبة والصدقة والبيع ، ويفارق الوقف ؛ لأنه يراد للدوام ، وهـٰذان مقتولان ، **والثاني** المنع ؛ للأمر بقتلهما ، فلا معنىٰ للوصية لهما ونقض التعليل : بالزاني المحصن ؛ فإن الوصية تصحُّ له مع كونه مقتولاً .

ومحلُّ الخلاف في الحربي : إذا أوصىٰ له بغير السلاح والخيل ، فإن أوصىٰ له بشيء منهما . . فهو كبيعه منه .

ومسألة المرتد من زوائد الكتاب على « المحرر » من غير تمييز ، وإنما تأتي على القول ببقاء ملكه ، كما قاله صاحب « الذخائر » وغيره ، وحينئذ : فهـٰذا من تفريع المرجوح .

وصورة المسألة : أن يوصي لشخص وهو مرتد ، فلو أوصىٰ لمن يرتد . . بطل ، أو لمسلم فارتد . . فهي جائزة قطعاً ، ذكرهما الماوردي[1] .

(**وقاتل في الأظهر**) لأنها تمليك بعقد فضاهت الهبة ، وخالفت الإرث ، **والثاني** : المنع ؛ لأنه مال مستحق بالموت ؛ كالإرث ، وخص ابن يونس في « شرح التعجيز » وابن الرفعة الخلافَ بالقاتل الحرّ[2] ؛ فلو أوصىٰ للقاتل الرقيق . . صحت قطعاً ، ولا حاجة إليه فإن الوصية لسيده وليس قاتلاً ، ولهـٰذا لو قتله السيد . . كانت وصية للقاتل .

وقد استشكل محلُّ الخلاف ؛ فإنه إن كان فيما إذا أوصىٰ لمن يقتله . . لم يصحَّ قطعاً ، أو فيما إذا أوصىٰ لشخص فقتله . . فليس بقاتل حقيقة عند الوصية قطعاً ، والخلاف في هـٰذه الحالة إنما يتجه في بطلانها لا في انعقادها ؛ ولهـٰذا قال صاحب « الذخائر » : إن في العبارة تسمحاً ، وتحريرها أن يقال : إذا قتل الموصىٰ له الموصي أو وجد منه ما ينسب به القتل إليه . . هل تبطل الوصية أو لا ؟ قولان .

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ١٥) .

(٢) كفاية النبيه (١٢/ ١٤٧) .

وَلِوَارِثٍ فِي ٱلأَظْهَرِ إِنْ أَجَازَ بَاقِي ٱلْوَرَثَةِ ، وَلاَ عِبْرَةَ بِرَدِّهِمْ وَإِجَازَتِهِمْ فِي حَيَاةِ ٱلْمُوصِي ، وَٱلْعِبْرَةُ فِي كَوْنِهِ وَارِثاً بِيَوْمِ ٱلْمَوْتِ . وَٱلْوَصِيَّةُ لِكُلِّ وَارِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ . . لَغْوٌ ، وَبِعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ . . صَحِيحَةٌ ، وَتَفْتَقِرُ إِلَى ٱلإِجَازَةِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَتَصِحُّ بِٱلْحَمْلِ وَيُشْتَرَطُ ٱنْفِصَالُهُ . . . .

(**ولوارث**) خاص (**في الأظهر إن أجاز باقي الورثة**) المطلقين التصرف ؛ لما رواه البيهقي عن ابن عباس مرفوعاً : « لاَ تَجُوزُ ٱلْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ ٱلْوَرَثَةُ » ، قال الذهبي : في « مختصره » وهو : صالح الإسناد[1] ، وقياساً على الوصية للأجنبي بالزائد على الثلث ، **والثاني** : باطلة وإن أجازوها ؛ لأنه صحَّ : « لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ »[2] .

(**ولا عبرة بردِّهم وإجازتهم في حياة المُوصي**) إذ لا استحقاق لهم قبل موته وقد يبرأ وقد يموتون قبله ، وأفهم اعتباره : بعد موته ولو قبل القسمة **وهو الصحيح** ، وقيل : كالإجازة قبل الموت .

(**والعبرة في كونه وارثاً بيوم الموت**) أي : حالة الموت ، فلو أوصىٰ لأخيه فحدث له ابن قبل موته . . صحت ، ولو أوصىٰ لأخيه وله ابن فمات قبل الموت . . فهي وصية لوارث .

(**والوصية لكلِّ وارث بقدر حصته**) مشاعاً ؛ من نصف وربع ونحوهما بحسب فرض الوارث (. . **لغو**) لأنه يستحقه بغير وصية .

(**وبعين هي قدر حصته . . صحيحة ، وتفتقر إلى الإجازة في الأصحِّ**) لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها ؛ ولهٰذا لو أوصىٰ ببيع عين ماله لزيد . . صحت الوصية **على الأصحِّ** ، **والثاني** : لا يفتقر إليها ؛ لأن حقوقهم في قيمة التركة لا في عينها ، بدليل أنه لو باع المريض التركةَ بأثمان أمثالها . . صحَّ وإن لم يرضوا بذلك .

(**وتصحُّ بالحمل**) الموجود ؛ كإعتاقه ، (**ويشترط**) لصحة الوصية به (**انفصاله**

---

(١) سنن البيهقي (٦/ ٢٨٤) .

(٢) أخرجه أبو داوود (٢٨٧٠) ، والترمذي (٢١٢٠) ، وابن ماجه (٢٧١٣) عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه .

حَيّاً لِوَقْتٍ يُعْلَمُ وُجُودُهُ عِنْدَهَا ، وَبِٱلْمَنَافِعِ ، وَكَذَا بِثَمَرَةٍ أَوْ حَمْلٍ سَيَحْدُثَانِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبِأَحَدِ عَبْدَيْهِ ، وَبِنَجَاسَةٍ يَحِلُّ ٱلِانْتِفَاعُ بِهَا ....

حيّاً لوقت يعلم وجوده عندها) أي : عند الوصية ؛ كما سبق في الوصية له ، ويرجع إلىٰ أهل الخبرة في حمل البهائم .

وقضية كلامه : البطلان إذا انفصل ميتاً مطلقاً ، **ويستثنىٰ** : ما لو انفصل بجناية جانٍ . . فإن الوصية لا تبطل وتنفذ من الضمان ؛ لأنه انفصل مُتقوَّماً ، بخلاف ما إذا أوصىٰ لحمل وانفصل ميتاً بجناية جانٍ . . فإنها تبطل ؛ لأن المعتبر هناك المالكية[1] .

(**وبالمنافع**) المباحة وحدها مؤبدة ومطلقة ؛ لأنها أموال تقابل بالأعواض ؛ كالأعيان ، وكذا تصحُّ بالعين دون المنفعة ، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر .

(**وكذا بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصحِّ**) لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر ؛ رفقاً بالناس وتوسعة ، فصحت بالمعدوم كما تصحُّ بالمجهول ، **والثاني** : المنع ؛ لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد ، **والثالث** : تصحُّ بالثمرة دون الحمل ؛ لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها ، بخلاف الولد ، وإذا قلنا بالصحة في الحمل فولدته لأقلَّ من ستة أشهر . . لم يكن موصىً به ؛ لأنه كان موجوداً ، وإنما أوصىٰ بما سيحدث .

(**وبأحد عبديه**) لأن الوصية تحتمل الجهالة ، فلا يؤثر فيها الإبهام ويعين الوارث ، بخلاف : (أوصيت لأحد الرجلين) ، فإنه باطل **في الأصحّ** ؛ فإنه يحتمل في الموصىٰ به ما لا يحتمل في الموصىٰ له ، ولهـٰذا صحت : (بحمل سيحدث) لا (لحمل سيحدث) .

نعم ؛ لو قال : (أعطوا لأحد الرجلين كذا) . . صحَّ ؛ كما لو قال لوكيله : (بع لأحد الرجلين) .

(**وبنجاسة يحلُّ الانتفاع بها**) لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها بالإرث والهبة ، وخرج ما لا يحلُّ الانتفاع به ؛ كالخنزير وفرعه ، والكلب العقور ، والخمر غير المحترمة .

---

(١) في (ز) : (المعتبر هناك المالية) .

كَكَلْبٍ مُعَلَّمٍ وَزِبْلٍ وَخَمْرٍ مُحْتَرَمَةٍ . وَلَوْ أَوْصَىٰ بِكَلْبٍ مِنْ كِلاَبِهِ . . أُعْطِيَ أَحَدَهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَلْبٌ . . لَغَتْ ، . . . .

(ككلب مُعلَّم) على الصحيح ؛ لجواز اقتنائه .

وقوله : (معلَّم) : يفهم المنع في الجرو القابل للتعلم ، **والأصحُّ** : جوازه بناء علىٰ جواز اقتنائه لذلك ، وكذا تجوز الوصية بكلب يتخذ للدور وإن لم يكن معلَّماً ؛ لأنه يدافع بطبعه .

(**وزِبْل**) ونحوه مما ينتفع به ؛ كالسَّماد ، (**وخمر محترمة**) وهو ما عصر بقصد الخلية أو لا يقصد الخمر به على الخلاف فيه .

نعم ؛ لو استحكمت المحترمة وأيس من عودها خلاًّ إلا بصنع آدمي . . لم يجز إمساكها **على الأشبه عند ابن الرفعة** ، **وقياسه** : بطلان الوصية بها .

(**ولو أوصىٰ بكلب من كلابه . . أُعطي أحدَها**) والخيرة للوارث إن كان الموصىٰ له صاحب صيد وزرع وحرث ، فإن لم يعان واحداً منها[1] . . ففي بطلان الوصية وجهان في « الحاوي »[2] ، قال الأَذْرَعي : **الأقرب** : المنع ، وقد صححه في « شرح المهذب » بالنسبة إلىٰ جواز اقتنائه .

وإن عانىٰ أحدَها فقط ، فهل يلزم الوارث ما يناسبه دون غيره أو يتخير فيعطيه ما شاء ؟ **وجهان** : قال : المنكت : **أوفقهما لإطلاقهم** : لا يلزم[3] ، لكن جزم الدارمي بأنه يعطىٰ ما يليق به ، قال الأَذْرَعي : **وهو المختار** .

(**فإن لم يكن له كلب . . لغت**) سواء قال : (من كلابي) أو (مالي) ، بخلاف : (أعطوه عبداً من مالي) . . فإنه يشترىٰ له ؛ لإمكانه ، بخلاف الكلب ؛ فإنه يتعذر شراؤه ، ولو تجدد له كلب . . قال الأَذْرَعي : فيشبه أن يكون علىٰ وجهين : **أقربهما** : الصحة ؛ نظراً إلىٰ حالة الموت ، لا حالة الوصية .

---

(١) أي : إن لم يُحسن القيام بواحد منها .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ٦٧) .

(٣) السراج (٥/ ٨٩) .

وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ وَكِلاَبٌ وَوَصَّىٰ بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا . . فَٱلأَصَحُّ : نُفُوذُهَا وَإِنْ كَثُرَتْ وَقَلَّ ٱلْمَالُ . وَلَوْ أَوْصَىٰ بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلُ لَهْوٍ وَطَبْلٌ يَحِلُّ ٱلِانْتِفَاعُ بِهِ كَطَبْلِ حَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ . . حُمِلَتْ عَلَى ٱلثَّانِي ، وَلَوْ أَوْصَىٰ بِطَبْلِ ٱللَّهْوِ . . لَغَتْ إِلاَّ أَنْ يَصْلُحَ لِحَرْبٍ أَوْ حَجِيجٍ . .

(**ولو كان له مال وكلاب ووصَّىٰ بها أو ببعضها . . فالأصحُّ : نفوذها وإن كثرت وقلَّ المال**) ولو كان دانقاً ؛ إذ المعتبر أن يبقىٰ للورثة ضعف الموصىٰ به ، وقليلُ المال خيرٌ من كثير الكلاب ؛ إذ لا قيمة لها ، **والثاني** : يقدر أنه لا مال له ، وتنفذ في ثلث الكلاب ؛ لأن الكلاب ليست من جنس المال ، **والثالث** : تقوَّم الكلاب أو منافعها علىٰ خلاف فيه ، وتضم إلىٰ ماله وتنفذ الوصية في ثلث الجميع ؛ أي : في قدره من الكلاب .

ولو أوصىٰ بثلث المال لرجل ، وبالكلاب لآخر . . قال القاضي أبو الطيب : تنفذ الوصية بجميع الكلاب ؛ لأن ثلثي المال الذي يبقىٰ للورثة . . خيرٌ من ضعف الكلاب ، واستبعده في « الشامل » ؛ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حقهم ؛ لنفوذ الوصية في الثلث ، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرىٰ في وصية الكلاب ، قال في « الروضة » : **وهـٰذا أصحُّ**[1] .

(**ولو أوصىٰ بطبل وله طبل لهْوٍ وطبلٌ يحلُّ الانتفاع به ؛ كطبل حرب أو حجيج . . حملت على الثاني**) حملاً على الصحة ؛ إذ الظاهر : أنه يقصد الثواب ، وهو فيما تصحُّ الوصية به ، هـٰذا إذا لم يصلح طبل اللهو لمنفعة مباحة ؛ فإن صلح لها . . يخير الوارث ؛ كما صرح به الأصحاب ، وكلام المصنف الآتي يشير إليه .

(**ولو أوصىٰ بطبل اللهو . . لغت**) لأنه معصية (**إلاَّ أن يصلح لحرب أو حجيج**) ونحوهما ؛ كطبل البازي ، أو منفعة أخرىٰ مباحة ، وسواء صلح علىٰ هيئته أو بعد تغير يبقىٰ معه اسم الطبل ؛ فإن لم يصلح إلا بتغير يزيل اسمه . . لغت الوصية ، كذا أطلقوه ، وقال الإمام والغزالي : إذا كان من جوهر نفيس . . صحت ؛ وكأنه أوصىٰ برضاضه إذا كسر ، والتعليق لا يقدح في الوصية[2] .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٢١) .

(٢) نهاية المطلب (١١/ ١٧٤) ، الوسيط (٤/ ٤٢٠) .

فَصْلٌ

[في الوصية لغير الوارث وحكم التبرعات في المرض]

يَنْبَغِي أَلاَّ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنْ زَادَ وَرَدَّ ٱلْوَارِثُ . . بَطَلَتْ فِي ٱلزَّائِدِ ، وَإِنْ أَجَازَ . . فَإِجَازَتُهُ تَنفِيذٌ ، وَفِي قَوْلٍ : عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأَةٌ ، وَٱلْوَصِيَّةُ بِٱلزِّيَادَةِ لَغْوٌ . وَيُعْتَبَرُ ٱلْمَالُ يَوْمَ ٱلْمَوْتِ ، وَقِيلَ : يَوْمَ ٱلْوَصِيَّةِ . . . .

(**فصل : ينبغي ألاّ يوصي بأكثر من ثلث ماله**) لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص : « ٱلثُّلُثُ ، وَٱلثُّلُثُ كَثِيرٌ » متفق عليه[1] .

وقال القاضي والبَنْدَنيجي والماوردي : لا تجوز الزيادة على الثلث[2] ، وقال المتولي والبغوي والخوارزمي وابن أبي عصرون : تكره الزيادة[3] .

(**فإن زاد وردّ الوارث . . بطلت في الزائد**) بالإجماع ؛ لأنه حقه ، وهاذا في الوارث الخاص ، فإن لم يكن له وارث خاص . . فالزيادة على الثلث باطلة [**على الصحيح**] ؛ لأن الحقَّ للمسلمين ، فلا مجيز .

(**وإن أجاز**) المطلق التصرف في ماله (. . **فإجازته تنفيذ**) أي : إمضاء لتصرف الموصي ، وتصرفه موقوف على الإجازة ؛ لأنه تصرف مصادف لملك ، وحقُّ الوارث إنما يثبت في أثناء الحال ، فأشبه بيع الشقص المشفوع ، (**وفي قول : عطيّة مبتدأة ، والوصية بالزيادة لغو**) للنهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأنها حق الوارث .

(**ويعتبر المال يوم الموت**) لأن الوصية تملك بعد الموت ، وحينئذ تلزم ، (**وقيل : يوم الوصية**) كما لو نذر التصدق بثلث ماله . . اعتبر يوم النذر ، وردّ : بأن ذلك وقت اللزوم ، فهو نظير الموت في الوصية .

وفائدة الخلاف : فيما لو زاد ماله بعد الوصية أو هلك الموجود عندها ، ثم اكتسب غيره . . فتتعلق الوصية به على الأول ، لا على الثاني .

---

(١) صحيح البخاري (٢٧٤٤) ، صحيح مسلم (١٦٢٨) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/١٦) .

(٣) التهذيب (٥/٦٣) .

وَيُعْتَبَرُ مِنَ ٱلثُّلُثِ أَيْضاً عِتْقٌ عُلِّقَ بِٱلْمَوْتِ ، وَتَبَرُّعٌ نُجِّزَ فِي مَرَضِهِ كَوَقْفٍ وَهِبَةٍ وَعِتْقٍ وَإِبْرَاءٍ . وَإِذَا ٱجْتَمَعَ تَبَرُّعَاتٌ مُتَعَلِّقَةٌ بِٱلْمَوْتِ وَعَجَزَ ٱلثُّلُثُ ؛ فَإِنْ تَمَحَّضَ ٱلْعِتْقُ . . أُقْرِعَ ، أَوْ غَيْرُهُ . . قُسِّطَ ٱلثُّلُثُ ، أَوْ هُوَ وَغَيْرُهُ . . قُسِّطَ بِٱلْقِيمَةِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ ٱلْعِتْقُ .

(**ويعتبر من الثلث أيضاً عتق علّق بالموت**) سواء علق في الصحة أو في المرض .

(**وتبرّع نُجّز في مرضه ؛ كوقف وهبة وعتق وإبراء**) لحديث : « إِنَّ ٱللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ » رواه ابن ماجه ، وفي إسناده مقال[1] .

ويستثنىٰ من العتق المنجز : عتق أم الولد في مرضه . . فإنها تعتق من رأس المال ؛ كما سيأتي ، مع أنه تبرع نجّز في المرض .

واحترز بقوله : (تبرع) : عن الاستيلاد ؛ فإنه ليس بتبرع ، بل إتلاف واستمتاع ، فهو من رأس المال .

(**وإذا اجتمع تبرعات متعلقة بالموت وعجز الثلث ؛ فإن تمحض العتق**) كقوله : (إذا مت . . فأنتم أحرار) ، أو (أعتقتكم بعد موتي) (. . **أقرع**) فمن قرع . . عتق منه ما يفي بالثلث ؛ لأن مقصود العتق التخلص من الرق ، ولا يحصل مع التشقيص ، وسواء وقع ذلك معاً أو مرتباً .

(**أو غيرُه . . قُسّط الثلث**) على الجميع باعتبار القيمة أو المقدار ؛ فلو أوصىٰ لزيد بمئة ولعمرو بخمسين ولبكر بخمسين وثلث ماله مئة . . أُعطي زيد خمسين ، ولكلٍّ واحد خمسة وعشرون ، ولا يقدم بعضها علىٰ بعض بالسبق ؛ لأن الوصايا إنما تملك بالموت ، فاستوىٰ حكم المتقدم والمتأخر ، هـٰذا كلُّه عند الإطلاق ، وأما لو قال : (أعتقوا سالماً بعد موتي ثم غانماً) ، أو (ادفعوا إلىٰ زيد مئة ثم إلىٰ عمرو مئة) . . قدم ما قدّمه قطعاً .

(**أو هو وغيره**) كأن أوصىٰ بعتق سالم ولزيد بمئة (. . **قُسّط**) الثلث (**بالقيمة**) لاتحاد وقت الاستحقاق ، (**وفي قول : يقدم العتق**) لقوته ؛ لتعلق حق الله به وحق

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٧٠٩) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرجه الدارقطني (٤/ ١٥٠) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وأحمد (٦/ ٤٤٠) عن أبي الدرداء رضي الله عنه .

أَوْ مُنَجَّزَةٌ . . قُدِّمَ ٱلأَوَّلُ فَٱلأَوَّلُ حَتَّىٰ يَتِمَّ ٱلثُّلُثُ . فَإِنْ وُجِدَتْ دُفْعَةً وَٱتَّحَدَ ٱلْجِنْسُ كَعِتْقِ عَبِيدٍ أَوْ إِبْرَاءِ جَمْعٍ . . أُقْرِعَ فِي ٱلْعِتْقِ وَقُسِّطَ فِي غَيْرِهِ . . . .

الآدمي ، قال الرافعي : هـٰذا في وصايا التمليك مع العتق ، أما إذا أوصىٰ للفقراء بشيء وبعتق عبد . . فقال البغوي : هما سواء ؛ لاشتراكهما في القربة ، وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين ؛ لوجود القوة والسراية ، قال في « الروضة » : **وهـٰذا أصحُّ** . انتهىٰ[1] .

ولهـٰذا أطلق المصنف الخلاف ، وإذا سوينا فكان العبيد جماعة . . أقرع بينهم فيما يخصهم .

ويستثنىٰ من إطلاق المصنف : مسألة وهي : ما لو دبر عبده وقيمته مئة ، وأوصىٰ له بمئة وثلث ماله مئة . . فإنه يعتق كلُّه ولا شيء للوصية **على الأصحِّ** .

(**أو منجّزةٌ**) بأن أعتق وتصدق ، ووقف وأبرأ ، ووهب وأقبض (. . **قدّم الأول فالأول حتىٰ يتم الثلث**) لقوته ونفوذه ؛ لأنه لا يفتقر إلىٰ إجازة ، بخلاف ما زاد على الثلث ؛ فإن نفوذه يتعلق بإجازتهم .

وإنما قيدت الهبة بالإقباض ؛ لأن تقديم الهبة لا يؤثر بلا قبض ؛ لأن ملكها بالقبض ؛ فلو وهب المريض ثم أعتق ، أو حابىٰ في بيع ثم أقبض الموهوب . . قدّم العتق والمحاباة ، ولا تفتقر المحاباة في بيع ونحوه إلىٰ قبض ؛ لأنها في ضمن معاوضة .

(**فإن وجدت دُفعةً**) إما منه كقوله : (أعتقتكم) أو (أبرأتكم) ، أو بوكالة (**واتحد الجنس ؛ كعتق عبيد أو إبراء جمع . . أقرع في العتق**) خاصة (**وقسّط في غيره**) باعتبار القيمة ؛ لأن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له عند موته مال غيرهم ، فدعاهم النبي صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرقّ أربعة ، وقال له قولاً شديداً ، رواه مسلم[2] ، ولأن القصد من الإعتاق تخليصُ الرقبة ، ولا يحصل هـٰذا الغرض مع بقاء رق بعضه ، والمقصودُ في الهبة ونحوها : التمليك ، والتشقيص لا ينافيه .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٥٧) ، روضة الطالبين (٦/ ١٣٦) .
(٢) صحيح مسلم (١٦٦٨) عن عِمران بن حُصين رضي الله عنه .

وَإِنِ ٱخْتَلَفَ وَتَصَرَّفَ وُكَلاَءُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا عِتْقٌ . . قُسِّطَ ، وَإِنْ كَانَ . . قُسِّطَ ، وَفِي قَوْلٍ : يُقَدَّمُ ٱلْعِتْقُ . وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَطْ ؛ سَالِمٌ وَغَانِمٌ ، فَقَالَ : (إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِماً فَسَالِمٌ حُرٌّ) ، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِماً فِي مَرَضِ مَوْتِهِ . . عَتَقَ وَلاَ إِقْرَاعَ . . . .

(**وإن اختلف**) الجنس (**وتصرَّف وكلاء**) بأن وكل وكيلاً في بيع بمحاباة ، وآخر في هبة ، وآخر في صدقة ونحوها وتصرفوا دفعة واحدة ، (**فإن لم يكن فيها عتق . . قُسّط**) الثلث على الكلِّ باعتبار القيمة ؛ كما يفعل في الديون (**وإن كان**) فيها عتق (. . **قُسّط ، وفي قول : يقدم العتق**) هما القولان السابقان بتعليلهما ، وصوره المصنف بالوكلاء ؛ لأنه الغالب ، وقد يكون منه ؛ بأن يقال له : (أعتقت) و(أبرأت) و(وقفت) ؟ فيقول : نعم .

وبقي من أقسام المسألة : ما لو وجدت منه تبرعات منجزة وأُخَر معلقة بالموت . . فتقدم المنجزة ؛ لأنها تفيد الملك في الحال ، ولازمة لا يتمكن المريض من الرجوع عنها .

(**ولو كان له عبدان فقط ؛ سالم وغانم ، فقال : « إن أعتقت غانماً . . فسالم حرّ » ثم أعتق غانماً في مرض موته . . عتق**) غانم لسبقه (**ولا إقراع**) **على الصحيح** ؛ لأن القرعة قد تؤدي إلىٰ إرقاقهما معاً ؛ لجواز خروجها علىٰ سالم ، فيلزم إرقاق غانم ، ولا يمكن عتق سالم ؛ لأنه مشروط بعتق غانم ، **والمشروط بدون شرطه محال** ، **وقيل** : يقرع ، كما لو قال : أعتقتكما .

وقوله : (فقط) : من زياداته على « المحرر »[(١)] ، **وفيه إشكال** ؛ لأنه إما أن يريد : لا مال له سواهما ، أو لا عبيد ؛ **إن أراد الأول** . . لم يستقم قوله آخراً : (عتق) ؛ فإنه حينئذ إنما يعتق من غانم ثلثاه إن تساوت قيمتهما ، وإن تفاوتا . . فبقدر الثلث ، **وإن أراد الثاني** ـ وهو ظاهر تصوير « الشرح » و« الروضة »[(٢)] ـ . . فينبغي حمله علىٰ ما إذا كان الثلث لا يُخرِجُ إلا أحدهما ، أما إذا احتملهما الثلث . . فيعتقان ؛ غانم بالمباشرة ، وسالم بالصفة .

---

(١) المحرر (ص٢٧٠) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٥٩) ، روضة الطالبين (٦/ ١٣٧) .

وَلَوْ أَوْصَىٰ بِعَيْنٍ حَاضِرَةٍ هِيَ ثُلُثُ مَالِهِ وَبَاقِيهِ غَائِبٌ . . لَمْ تُدْفَعْ كُلُّهَا إِلَيْهِ فِي ٱلْحَالِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَتَسَلَّطُ عَلَى ٱلتَّصَرُّفِ فِي ٱلثُّلُثِ أَيْضاً .

فَصْلٌ

[في بيان المرض المخوف ونحوه]

إِذَا ظَنَنَّا ٱلْمَرَضَ مَخُوفاً . . لَمْ يَنْفُذْ تَبَرُّعٌ زَادَ عَلَى ٱلثُّلُثِ ، فَإِنْ بَرَأَ . . نَفَذَ . . . . . .

(**ولو أوصىٰ بعين حاضرة هي ثلث ماله ، وباقيه غائب . . لم تدفع كلُّها إليه في الحال**) لأنه ربما تلف الغائب ، فلا يحصل للورثة مِثْلا ما حصل للموصىٰ له .

(**والأصحُّ : أنه لا يتسلط على التصرف في الثلث أيضاً**) أي : ثلث العين ؛ لأن تسليطه يتوقف علىٰ تسليط الورثة علىٰ مثلي ما تسلط عليه ، ولا يمكن تسليطهم ؛ لاحتمال سلامة الغائب ، فيحصل للموصىٰ له الجميع ، **والثاني** : يتسلط ؛ لأن استحقاقه لهـٰذا القدر متيقن .

وحكم الدين حكم الغائب ، وقد صرح به في « التنبيه »(١) .

* * *

(**فصل : إذا ظننَّا المرض مَخُوفاً . . لم ينفذ تبرُّع زاد على الثلث**) لأنه محجور عليه فيه ، و(**المخوف**) : كلُّ ما يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت بالإقبال على الأعمال الصالحة ، وضبطه الماوردي : بما لا يتطاول بصاحبه معه الحياة(٢) .

ولا يشترط في كونه مخوفاً حصول الموت به ، بل يكفي ألاّ يكون نادراً بدليل البِرْسَام ، كذا نقلاه عن الإمام ، وأقراه(٣) .

(**فإن برأ . . نفذ**) الجميع قطعاً ؛ لأنه تبين صحة تبرعه ، وأن ذلك المرض لم يكن مخوفاً ، وإن لم يبرأ بل مات به . . لم ينفذ الزائد على الثلث .

هـٰذا كلُّه إذا لم ينته إلىٰ حالة يقطع فيها بموته عاجلاً ، فإن انتهىٰ إلىٰ ذلك . . فلا اعتبار بكلامه في الوصية وغيرها .

---

(١) التنبيه (ص٩٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ١٧٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٥١) ، روضة الطالبين (٦/ ١٣٠) .

وَإِنْ ظَنَنَّاهُ غَيْرَ مَخُوفٍ فَمَاتَ ؛ فَإِنْ حُمِلَ عَلَى ٱلْفَجْأَةِ . . نَفَذَ ، وَإِلاَّ . . فَمَخُوفٌ . وَلَوْ شَكَكْنَا فِي كَوْنِهِ مَخُوفاً . . لَمْ يَثْبُتْ إِلاَّ بِطَبِيبَيْنِ حُرَّيْنِ عَدْلَيْنِ . وَمِنَ ٱلْمَخُوفِ : قُولَنْجٌ ، وَذَاتُ جَنْبٍ ، وَرُعَافٌ دَائِمٌ ، وَإِسْهَالٌ مُتَوَاتِرٌ ، وَدِقٌّ ، وَٱبْتِدَاءُ . . . .

(**وإن ظنناه غير مخوف فمات**) أي : اتصل به الموت (**فإن حمل على الفجأة . . نفذ**) جميع تبرعه ، (**وإلا**) أي : وإن لم يحمل على الفجأة (. . **فمخوف**) فلا ينفذ ما زاد على الثلث ، وكلام المصنف مبهم ؛ فإنه لا يدرىٰ منه ما المحمول على الفجأة من غيره ؟! وقال في « أصل الروضة » : (إذا رأينا المرض غير مخوف فاتصل به الموت . . فينظر ؛ إن كان بحيث لا يحال عليه الموت ؛ كوجع الضرس ونحوه . . فالتبرع نافذ ، والموت محمول على الفجأة ، وإن كان غيره ؛ كإسهال يوم أو يومين . . تبينا باتصال الموت به كونه مخوفاً ، وكذلك حمىٰ يوم أو يومين ، قاله في « الوسيط »)[1] انتهىٰ .

فإن قيل : ما الفائدة في حكمنا بأنه غير مخوف مع أنه إذا اتصل به الموت . . ألحق بالمخوف ؟ **أجيب** : بأن فائدته إذا قتله قاتل ، أو غرق ، أو سقط من سطح . . فإنه يكون من رأس المال ، بخلاف ما إذا كان مخوفاً ثم قتل أو غرق . . فإنه يحسب من الثلث ؛ كما حكاه في « زيادة الروضة » عن البغوي وأقرّه[2] .

(**ولو شككنا في كونه مخوفاً . . لم يثبت إلا بطبيبين حرين عدلين**) مقبولي الشهادة ؛ لأنه تعلق به حقٌّ آدمي من الموصىٰ له والوارث ، فاشترط فيه شروط الشهادة كغيرها .

(**ومن المخوف : قُولَنْج**) وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء فلا ينزل ، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيهلك ، (**وذات جَنْب**) وهو قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ، ثم تنفتح في الجنب ويسكن الوجع ، وذلك وقت الهلاك ، (**ورعاف دائم**) لأنه ينزف الدم ، وتسقط القوة ، (**وإسهال متواتر**) فإنه يسقط القوة ، (**ودِقٌّ**) بكسر الدال ، وهو داء يصيب القلب ، ولا تمتد معه الحياة غالباً ، (**وابتداء**

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٣٠) .
(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٣٠) .

فَالِجٍ ، وَخُرُوجُ ٱلطَّعَامِ غَيْرَ مُسْتَحِيلٍ ، أَوْ كَانَ يَخْرُجُ بِشِدَّةٍ وَوَجَعٍ ، أَوْ وَمَعَهُ دَمٌ ، وَحُمَّىٰ مُطْبِقَةٌ ، أَوْ غَيْرُهَا . . . .

فالج) وهو استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً ، **وسببه** : غلبة الرطوبة والبلغم ، وإنما كان ابتداؤه مخوفاً ؛ لأنه إذا هاج . . ربما أطفأ الحرارة الغريزية ، وإذا استمر . . لم يخف منه الموت عاجلاً ، فلا يكون مخوفاً .

(**وخروج الطعام غيرَ مستحيل ، أو كان يخرج بشدة ووجع**) ويسمىٰ : (الزحير) ، (**أو ومعه دم**) من الكبد ونحوها من الأعضاء الشريفة ؛ لأنه يسقط القوة .

وقضيته : أن خروج الطعام علىٰ هـٰذه الصفة مخوف وإن لم يكن إسهال ، قال السبكي : **وهو بعيد ، فكان الأصوب** ذكره عقب قوله : (وإسهال متواتر) ؛ فإنه من تتمته ، وكذا صنع في « المحرر » فقال : (والإسهال إن كان متواتراً ، وكذا إذا خرج الطعام غير مستحيل . . .) إلىٰ (أو معه دم)[1] .

(**وحمّىٰ مطبقة**) أي : ملازمة ؛ لأن إطباقها يذهب القوة التي هي دوام الحياة ، هـٰذا إذا جاوز الإطباق يومين ، **وفي وجه** : هي مخوفة من أول حدوثها ، **وهو ظاهر تعبير المصنف** .

وعلى الأول : لو اتصل الموت بحمىٰ يوم أو يومين . . نظر ؛ فإن تبرع قبل أن يعرق . . فمن الثلث ويتبين أنها مخوفة ، أو بعده . . فمن رأس المال ، نقلاه عن البغوي والمتولي وأقرّاه ، وهـٰذا يقيد إطلاق ما تقدم عن « الوسيط » ، ونبه عليه الرافعي[2] .

(**أو غيرها**) أي : غير المطبقة ، وهي أنواع : (**وِرْد**) وهي : التي تأتي في كل يوم . و(**غِبّ**) وهي : التي تأتي يوماً ، وتقلع يوماً ، و(**ثِلْث**) وهي : التي تأتي يومين وتنقطع في الثالث ، و(**حمى الأخوين**) وهي : التي تأتي يومين وتنقطع يومين .

---

(١) المحرر (ص٢٧١) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٤٥ـ٤٦) ، روضة الطالبين (٦/ ١٢٥) .

إلاَّ ٱلرِّبْعَ . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يُلْحَقُ بِٱلْمَخُوفِ : أَسْرُ كُفَّارٍ ٱعْتَادُوا قَتْلَ ٱلأَسْرَىٰ ، وَٱلْتِحَامُ قِتَالٍ بَيْنَ مُتَكَافِئَيْنِ ، وَتَقْدِيمٌ لِقِصَاصٍ أَوْ رَجْمٍ ، وَٱضْطِرَابُ رِيحٍ وَهَيَجَانُ مَوْجٍ فِي رَاكِبِ سَفِينَةٍ ، . . . .

ويدخل في قوله : (أو غيرها) : اليسيرة وليست بمخوفة ؛ فكان ينبغي أن يقيده بـ(الشديدة) .

(**إلا الرِّبع**) وهي التي تأتي يوماً وتقلع يومين ؛ لأنه يقوىٰ في يومي الإقلاع .

وأفهم قول المصنف : (ومن المخوف) : عدم انحصار الأمراض المخوفة فيما ذكرها ، وهو كذلك بل هي كثيرة ، **ومنها** : الطاعون عافانا الله تعالىٰ منه ، فإذا وقع ببلد . . فمخوف في حق من أصابه قطعاً ، وكذا في حق من لم يصبه **على الأصحِّ في** « **الشرح الصغير** » **و**« **زيادة الروضة** »[1] ، وفي « الكافي » : إن من أصابه مخوف ، وإذا وقع في البلد في أمثاله : فهو مخوف **على الأصحِّ** .

قال الأَذْرَعي : وقوله : (في أمثاله) قيد حسن لا بدّ منه علىٰ ما شاهدناه .

(**والمذهب : أنه يلحق بالمخوف : أسرُ كفار ، اعتادوا قتل الأسرىٰ ، والتحامُ قتال بين متكافئين ، وتقديم لقصاص أو رجم ، واضطراب ريح وهيجان موج في راكب سفينة**) **اعلم** : أن الشافعي **نصّ في التقديم** للقصاص : علىٰ أنه غير مخوف ، وفي الباقي : علىٰ أنه مخوف[2] ، وفيه طريقان : **أصحُّهما** : قولان في الجميع ، **أصحُّهما** : أنها تلحق بالمخوف ؛ لأنه يخاف منها الهلاك ؛ كالمرض وأولىٰ ؛ لأنه أسرع إتلافاً ، ولا يندفع بدواء ، **والثاني** : المنع ؛ لأنه لم يلاقِ البدن وإنما يخاف منه قرب الأجل ؛ كالهدم .

والطريق الثاني : تقرير النصين ، **والفرق** : أن المقتص قد يرق فيعفو طمعاً في الثواب ، أو المال .

وقوله : (أسر كفار) مثال جرىٰ على الغالب ، فلو اعتاده البغاة أو قطاع الطريق . .

---

(١) روضة الطالبين (٦/١٢٨) ، والمسألة من « أصل الروضة » ، وهي موجودة في « الشرح الكبير » (٧/٤٩) ، والله تعالىٰ أعلم .

(٢) مختصر المزني (ص١٤٦) .

وَطَلْقُ حَامِلٍ ، وَبَعْدَ ٱلْوَضْعِ مَا لَمْ تَنْفَصِلِ ٱلْمَشِيمَةُ . . . .

فينبغي أن يكون الحكم كذلك .

واحترز بقوله : (اعتادوا) : عما إذا لم يعتادوه ؛ كالروم . . فليس بمخوف .

واحترز بـ(الالتحام) : عما قبله ؛ فليس بمخوف وإن تراموا بالنُّشَّاب والحِراب .

واحترز بـ(المتكافئين) : عما إذا لم يتكافأا . . فإنه لا خوف في حقِّ الغالبين قطعاً .

نعم ؛ القريبان من التكافؤ كالمتكافئين .

وقوله : (القصاص) ليس بقيد ، بل فيه تنبيه علىٰ جريانه في قاطع الطريق من باب أولىٰ .

وقوله : (وهيجان موج) لا فائدة له بعد قوله : (واضطراب ريح) ؛ فإن الظاهر : أنهما متلازمان ، وهما شيء واحد .

واحترز بذلك : عما لو كان البحر ساكناً . . فلا خوف .

(وطلق حامل) لعظم الأمر ؛ ولهٰذا جُعل موتُها شهادة ، والخلاف فيها : قولان ـ كما في « الروضة » و« أصلها » ـ : **أحدهما** : هٰذا ، **والثاني** : ليس بمخوف ؛ لغلبة السلامة[1] .

وليس في المسألة طريقان ؛ كما اقتضاه عطف المصنف .

(**وبعد الوضع ما لم تنفصل المَشِيمة**) لأنها تضاهي الجراحات الواصلة إلى الجوف .

وقضيته : أنه لا فرق بين وضع الولد الكامل وغيره ، لكن صحح في « زيادة الروضة » : أن إلقاء المضغة والعلقة لا خوف فيه ، ونقله عن القاضي أبي الطيب عن الأصحاب ؛ لأنه أسهل خروجاً من الولد[2] ، لكن في « الأم » أن الإسقاط والولادة سببان[3] ، ويمكن حمله علىٰ إسقاط الولد المتخلق .

(١) روضة الطالبين (٦/١٢٨) ، الشرح الكبير (٧/٤٩) .
(٢) روضة الطالبين (٦/١٢٨) .
(٣) الأم (٥/٢٣٢) .

وَصِيغَتُهَا : (أَوْصَيْتُ لَهُ بِكَذَا) ، أَوِ (ٱدْفَعُوا إِلَيْهِ) ، أَوْ (أَعْطُوهُ بَعْدَ مَوْتِي) ، أَوْ (جَعَلْتُهُ لَهُ) ، أَوْ (هُوَ لَهُ بَعْدَ مَوْتِي) ، فَلَوِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ قَوْلِهِ : (هُوَ لَهُ) . . فَإِقْرَارٌ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ : (هُوَ لَهُ مِنْ مَالِي) ، فَيَكُونُ وَصِيَّةً . وَتَنْعَقِدُ بِٱلْكِنَايَةِ ، وَٱلْكِتَابَةُ كِنَايَةٌ . . .

وأفهم كلام المصنف : أنه إذا انفصلت . . زال الخوف ، **ومحله** : إذا لم يحصل من الولادة جراحة أو ضَرَبانٌ شديد أو ورم ، فإن حصل شيء من ذلك . . دام الخوف ؛ كما قطع به المَحاملي .

(**وصيغتها**) أي : صيغة الوصية : (« **أوصيت له بكذا** » ، **أو** « **ادفعوا إليه** » ، **أو** « **أعطوه بعد موتي** » ، **أو** « **جعلته له** » ، **أو** « **هو له بعد موتي** ») وهـٰذه صرائح ؛ لصراحة الأولىٰ في المقصود ، وتأدي الباقي إلىٰ معنى الوصية بالإضافة إلىٰ ما بعد الموت .

وقوله : (بعد موتي) في الموضعين : قيدٌ في المذكورين قبله ، وهما : (ادفعوا إليه) و(جعلته له) ، فلو ذكر هـٰذا القيد عقب كلِّ صيغة . . لكان أحسن .

(**فلو اقتصر علىٰ قوله** : « **هو له** » . . **فإقرار**) لأنه من صرائحه ، فلا يجعل كناية في الوصية (**إلا أن يقول** : « **هو له من مالي** » **فيكون وصية**) لأن الإقرار لا يصحُّ بذلك ، فيحتمل إذن الوصية ، فتقبل إرادتها ، **وظاهر كلامه** : صراحته حينئذ ؛ لذكره له مع الصرائح ، والذي في كتب الرافعي و« الروضة » : أنه كناية ؛ لأنه يحتمل الهبة الناجزة والوصية ، فافتقر إلى النية[1] ، لكن رجح السبكي : أنه صريح ، وقال : لو لم يكن صريحاً . . لكان إذا مات ولم يعلم أنه نوىٰ أم لا . . تبطل الوصية ؛ لأن الأصل عدمُ النية ، ونصّ الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح .

(**وتنعقد بالكناية**) كـ(عينت هـٰذا لزيد) كالبيع وأولىٰ ؛ لقبولها التعليق بالأغرار ، وإذا قبلت التعليق بالأغرار . . فبأن تقبل الكنايات أولىٰ .

(**والكتابة**) بالتاء (**كناية**) فتنعقد بها إذا نوىٰ ؛ كالبيع وأولىٰ ، قال الشيخ برهان الدين الفَزاري : **الظاهر** : أن قصد المصنف : فتنعقد بالكتابة ؛ لأنها كناية ، فذكر مقدمتين ولم يذكر النتيجة .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٦٢) ، روضة الطالبين (٦/ ١٤٠) .

وَإِنْ أَوْصَىٰ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ كَٱلْفُقَرَاءِ . . لَزِمَتْ بِٱلْمَوْتِ بِلاَ قَبُولٍ ، أَوْ لِمُعَيَّنٍ . . ٱشْتُرِطَ ٱلْقَبُولُ . وَلاَ يَصِحُّ قَبُولٌ وَلاَ رَدٌّ فِي حَيَاةِ ٱلْمُوصِي ، وَلاَ يُشْتَرَطُ بَعْدَ مَوْتِهِ ٱلْفَوْرُ . فَإِنْ مَاتَ ٱلْمُوصَىٰ لَهُ قَبْلَهُ . . بَطَلَتْ ، أَوْ بَعْدَهُ . . فَيَقْبَلُ وَارِثُهُ . وَهَلْ يَمْلِكُ ٱلْمُوصَىٰ لَهُ بِمَوْتِ ٱلْمُوصِي ، أَمْ بِقَبُولِهِ ، أَمْ مَوْقُوفٌ ؛ فَإِنْ قَبِلَ . . بَانَ أَنَّهُ مَلَكَ بِٱلْمَوْتِ ، وَإِلاَّ . . بَانَ لِلْوَارِثِ ؟ أَقْوَالٌ : أَظْهَرُهَا : ٱلثَّالِثُ ، . . . .

(وإن أوصىٰ لغير معين ؛ كالفقراء . . لزمت بالموت بلا قبول) لتعذره منهم ، (أو لمعين . . اشترط القبول) كالهبة ، ولو كانت الوصية لمحجور عليه . . قبل له وليه .

والمراد بالمعين : إذا كان محصوراً ، فإن كان غير محصور ؛ كالعلوية ـ وقلنا بالصحة **وهو الأظهر** ـ . . فلا يشترط القبول في حقهم جزماً ؛ كالفقراء .

ومحلُّ اشتراط القبول من المعين : في غير العتق ؛ فلو قال : (أعتقوا عبدي بعد موتي) . . لم يفتقر إلىٰ قبول العبد ؛ لأن فيه حقّاً لله تعالىٰ ، فكان كالجهة العامة ، ومثله : التدبير إذا قلنا : إنه وصية ؛ فإنه يتنجز بالموت من غير توقف على القبول ؛ كما قاله الرافعي في الكلام علىٰ رهن المدبر(1) .

(ولا يصحُّ قبول ولا ردٌّ في حياة الموصي) إذ لا حقَّ له قبل الموت ، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع .

(ولا يُشترط بعد موته الفور) بل يجوز تراخي القبول عن موت الموصي ؛ إذ لو اعتبر . . لاعتبر عقب الإيجاب .

(فإن مات الموصَىٰ له قبله) أي : قبل الموصي (. . بطلت) لأنها قبل الموت غيرُ لازمة ، فبطلت بالموت ؛ كما لو مات أحد المتبايعين قبل القبول ، (أو بعده) أي : بعد موت الموصي وقبل القبول والرد (. . فيقبل وارثُه) أو يرد ؛ لأنه فرعه ، فقام مقامه في القبول ؛ كالشفعة ، وإذا قبل وارثه هل يقضىٰ منه دين مورثه ؟ فيه وجهان : **أصحهما** : نعم ؛ كديته فإنها تقضىٰ منها ديونه وإن قلنا : إنها تثبت للورثة ابتداءً .

(وهل يملك الموصىٰ له بموت الموصي ، أم بقبوله ، أم موقوف ؛ فإن قبل . . بان أنه ملك بالموت ، وإلا . . بان للوارث ؟ أقوال : أظهرها : الثالث) لأنه لا يمكن

---

(1) الشرح الكبير (٤/٤٤٨) .

وَعَلَيْهَا تُبْنَى ٱلثَّمَرَةُ وَكَسْبُ عَبْدٍ حَصَلاَ بَيْنَ ٱلْمَوْتِ وَٱلْقَبُولِ ، وَنَفَقَتُهُ وَفِطْرَتُهُ ، وَيُطَالِبُ ٱلْمُوصَىٰ لَهُ بِٱلنَّفَقَةِ إِنْ تَوَقَّفَ فِي قَبُولِهِ وَرَدِّهِ .

فَصْلٌ

[في أحكام الوصية الصحيحة ولفظها]

أَوْصَىٰ بِشَاةٍ . . تَنَاوَلَ صَغِيرَةَ ٱلْجُثَّةِ وَكَبِيرَتَهَا ، سَلِيمَةً وَمَعِيبَةً ، ضَأْناً وَمَعْزاً ، وَكَذَا ذَكَرٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

جعله للميت ؛ فإنه لا يملك ، ولا للوارث ؛ فإنه لا يملك إلا بعد الوصية والدين ، ولا للموصىٰ له ، وإلا . . لم يصحَّ رده ؛ كالإرث ، فتعين وقفه مراعاة .

وقوله : (فإن قبل . . .) إلىٰ آخره : تفسير الوقف ، **ووجه الأول** : التشبيه بالإرث والتدبير ، **ووجه الثاني** : أنه تمليك بعقد فيتوقف على القبول ؛ كالبيع ، وإذا قلنا بالأول . . فلا يستقر ملكه عليه حتىٰ يقبل ؛ كما حكاه العراقيون ، وإذا قلنا بالثاني . . فالملك قبله للوارث في الأصحِّ ، وقيل : للميت .

(**وعليها**) ؛ أي : علىٰ هـٰذه الأقوال (**تبنى الثمرة وكسب عبد حصلا بين الموت والقبول ، ونفقته وفطرته**) **فعلى الأول** : هما له ، وعليه النفقة والفطرة ، **وإن قلنا بالثاني** . . فلا شيء له ولا عليه قبل القبول ، **أو بالأظهر** . . فموقوفة ؛ فإن قبل . . فله وعليه ، وإلا . . فلا .

(**ويطالب** الموصىٰ **له بالنفقة إن توقف في قبوله وردّه**) كما لو امتنع مطلق إحدىٰ زوجتيه من التعيين ؛ فإن لم يقبل ولم يرد . . خيّره الحاكم بين القبول والرد ، فإن لم يفعل . . حكم عليه بالإبطال ؛ كالمتحجر إذا امتنع من الإحياء .

❊ ❊ ❊

(**فصل** : **أوصىٰ بشاة**) وأطلق (. . **تناول صغيرةَ الجثة وكبيرتها ، سليمةً ومعيبة ، ضأناً ومعزاً**) لصدق الاسم ، (**وكذا ذَكَرٌ في الأصحِّ**) لأنه اسم جنس ؛ كالإنسان ، وليست (التاء) فيه للتأنيث ، بل للوحدة ؛ كحمام وحمامة ، ويدل له قولهم : لفظ (الشاة) يذكر ويؤنث ، **والثاني** : المنع ؛ نظراً للعرف ؛ فإنه لا يُسمَّىٰ شاة ، بل كبشاً

لاَ سَخْلَةٌ وَعَنَاقٌ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي) وَلاَ غَنَمَ لَهُ . . لَغَتْ، . . . .

أو تيساً ، وهٰذا ما نص عليه في « الأم »[1] .

ومحلُّ الخلاف : ما إذا لم تدل قرينة على المراد ؛ فلو قال : (شاة لينزيها علىٰ غنمه) . . فذكر ، أو (يحلبها) أو (ينتفع بدَرّها ونسلها) . . فأنثىٰ كبيرة تصلح لذلك ، ولو قال : (لينتفع بصوفها) . . حمل على الضأن ، أو (بشعرها) . . حمل على المعز .

(**لا سخلة وعناق في الأصحِّ**) لأن كلاً منهما لا تُسمَّىٰ شاة ، كذا علله القاضي الحسين ، وكأنه يريد عرفاً ، **والثاني** : يتناولهما ؛ لصدق الاسم لغة وشرعاً .

وترجيح الأول تبعا فيه الصَّيْدَلاني[2] ، قال الإمام : وهو خلاف مقتضى النصِّ ، وقول صاحب « التقريب » ، وأئمة العراق ومعظم المراوزة[3] ، وخلاف ما صرح به الأصحاب كلُّهم ، واختاره السبكي .

و(**السخلة**) : الأنثىٰ من ولد الضأن ما لم يتم لها أربعة أشهر ، و(**العناق**) : الأنثىٰ من ولد المعز ما لم يتم لها سنة ، و(**الجدي**) : ذكره .

وفهم من كلام المصنف : أنه إذا امتنع في الأنثىٰ . . ففي الذكر أولىٰ .

(**ولو قال** : « **أعطوه شاة من غنمي** » **ولا غنم له** . . **لغت**) لعدم ما تتعلق به الوصية ، وليس المراد : لا غنم له حال الوصية كما يفهمه كلامه ، بل لو ملكها بعد الوصية وقبل موته . . صحت **على الأصحِّ** .

وشمل إطلاقه الإلغاء : ما إذا كان له ظباء ، لكن الرافعي حكىٰ وجهين فيما لو قال : (أعطوه شاة من شياهي) : وليس له إلا ظباء ، قال في « زيادة الروضة » : (ينبغي أن يكون **الأصحُّ** : تنزيل الوصية علىٰ واحدة منها)[4] .

---

(١) الأم (٥/ ١٩٢) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٨١) ، روضة الطالبين (٦/ ١٥٩) .
(٣) نهاية المطلب (١١/ ١٦٥) .
(٤) الشرح الكبير (٧/ ٨١ـ ٨٢) ، روضة الطالبين (٦/ ١٦٠) .

وَإِنْ قَالَ : (مِنْ مَالِي) وَلاَ غَنَمَ لَهُ . . ٱشْتُرِيَتْ لَهُ . وَٱلْجَمَلُ وَٱلنَّاقَةُ يَتَنَاوَلاَنِ ٱلْبَخَاتِيَّ وَٱلْعِرَابَ ، لاَ أَحَدُهُمَا ٱلآخَرَ . وَٱلأَصَحُّ : تَنَاوُلُ بَعِيرٍ نَاقَةً ، لاَ بَقَرَةٍ ثَوْراً ، وَٱلثَّوْرُ لِلذَّكَرِ . وَٱلْمَذْهَبُ : حَمْلُ ٱلدَّابَّةِ عَلَىٰ فَرَسٍ وَبَغْلٍ وَحِمَارٍ . . . .

(**وإن قال : « من مالي » ولا غنم له . . اشتريت له**)[1] أي : اشتري ما ينطلق عليه الاسم عملاً بقوله .

(**والجمل والناقة يتناولان البَخَاتيَّ والعِراب**) لصدق الاسم (**لا أحدهما الآخر**) أي : لا يتناول الجمل الناقة ولا عكسه ؛ لأن لفظ (الجمل) للذكر ، و(الناقة) للأنثىٰ ؛ كما قاله الأزهري وغيره[2] .

(**والأصحُّ : تناول بعيرٍ ناقةً**) لأنه لغةً اسم جنس ؛ كالإنسان ، **والثاني** : المنع ، وهو **المنصوص** ورجحه كثيرون ، وقال الماوردي والإمام والغزالي : **إنه المذهب** ؛ لأنه لا يُسمَّىٰ بعيراً عرفاً ؛ كالجمل[3] .

(**لا بقرةٍ ثوراً**) **على الأصحِّ** ؛ لأن اللفظ موضوع للأنثىٰ ، **والثاني** : يتناول ، و(الهاء) للوحدة ؛ كثمرة وزبيبة ، وهو كالخلاف في الشاة ، والتصحيح متعاكس .

وذكر المصنف في « التحرير » : اتفاق أهل اللغة علىٰ وقوع البقرة على الذكر والأنثىٰ[4] مع حكايته الخلاف هنا ، وهو يقدح في تعليلهم الأصحَّ بوضع اللفظ للأنثىٰ .

(**والثور للذكر**) خاصة لاستعماله فيه لغة وعرفاً .

(**والمذهب : حمل الدابة علىٰ فرس وبغل وحمار**) لشهرة استعمالها في هـٰذه الثلاثة وإن كانت لغة لكلِّ ما دب ، **وهـٰذا هو المنصوص** ، وهو مطرد في جميع البلاد **على الأصحِّ** ، وقال ابن سريج : إن المنصوص ذكره الشافعي علىٰ عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً واستعمال الدابة فيها ، وأما سائر البلاد فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في

---

(١) جملة (ولا غنم له) ليست في (ز) .
(٢) تهذيب اللغة (١١/ ١٠٦) .
(٣) الحاوي الكبير (١٠/ ٦٥) ، نهاية المطلب (١١/ ١٦٦) ، الوسيط (٤/ ٤٣٩) .
(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص٢٤٣) .

وَيَتَنَاوَلُ ٱلرَّقِيقُ : صَغِيراً وَأُنْثَىٰ وَمَعِيباً وَكَافِراً وَعُكُوسَهَا ، وَقِيلَ : إِنْ أَوْصَىٰ بِإِعْتَاقِ عَبْدٍ . وَجَبَ ٱلْمُجْزِىءُ كَفَّارَةً . وَلَوْ أَوْصَىٰ بِأَحَدِ رَقِيقِهِ فَمَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ . . بَطَلَتْ ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ . . تَعَيَّنَ ، أَوْ بِإِعْتَاقِ رِقَابٍ . . فَثَلاَثٌ ، . . . .

الفرس ؛ كالعراق . . لا يعطىٰ إلا الفرس ، هـٰذا كلُّه عند الإطلاق ، فلو قال : (للكرّ والفرّ) . . فهو للفرس ، أو (للحمل) . . حمل على البغل والحمار ؛ فإن اعتادوا الحمل على البراذين . . دخلت .

(**ويتناول الرقيقُ : صغيراً وأنثىٰ ، ومعيباً وكافراً ، وعكوسها**) لصدق الاسم على الجميع ، (**وقيل : إن أوصىٰ بإعتاق عبد . . وجب المجزئ كفارة**) لأنه المعروف في الإعتاق ، بخلاف : (أعطوه عبداً) ، واختاره أبو الطيب وغيره وغلط في « التجربة » من قال : (غيره) ، والخلاف في عتق التطوع ، فلو قال : (عن كفارة) . . تعين المجزىء فيها .

وقوله : (كفارة) هو منصوب على الحال ، أو التمييز .

(**ولو أوصىٰ بأحد رقيقه**) مبهماً (**فماتوا أو قتلوا قبل موته . . بطلت**) الوصية ؛ لأنه لا رقيق له ، (**وإن بقي واحد . . تعيّن**) لأنه الموجود ، وليس للوارث إمساكه وإعطاؤه قيمة المقتول .

واحترز بقوله : (قبل موته) : عما بعد موته ، فإن كان القتل بعد القبول . . انتقل حقه إلىٰ قيمة أحدهم بخيرة الوارث ، أو قبل القبول . . فكذلك إن ملكناه بالموت أو توقفنا ، وإلا . . بطلت ، قاله الرافعي ، قال في « الكفاية » : وهو احتمال الإمام ، قال هو : إنه لم يصر إليه أحد من الناس[1] ، وحكىٰ في « المطلب » ما قاله الرافعي عن المتولي ، وحكى الأَذْرَعي وغيره عن القاضي الحسين : أنه لا فرق بين أن نقول : يملك بالموت أو بالقبول .

(**أو بإعتاق رقاب . . فثلاث**) لأنه أقلُّ الجمع **على المرجح** ، **والمراد** : أنه أقلُّ ما يكفي ثلاثٌ ، قال الشافعي : والاستكثار مع الاسترخاص أولىٰ من الاستقلال مع الاستغلاء ، **ومعناه** : أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة . . أفضلُ من إعتاق أربع كثيرة

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٨٤) ، كفاية النبيه (١٢/ ٢٢٩) .

فَإِنْ عَجزَ ثُلُثُهُ عَنْهُنَّ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَىٰ شِقْصٌ بَلْ نَفِيسَتَانِ بِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْ أَنْفَسِ رَقَبَتَيْنِ شَيْءٌ . . فَلِلْوَرَثَةِ . وَلَوْ قَالَ : ثُلُثِي لِلْعِتْقِ . . ٱشْتُرِيَ شِقْصٌ . وَلَوْ وَصَّىٰ لِحَمْلِهَا فَأَتَتْ بِوَلَدَيْنِ . . فَلَهُمَا ، أَوْ بِحَيٍّ وَمَيِّتٍ . . فَكُلُّهُ لِلْحَيِّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : (إِنْ كَانَ حَمْلُكِ ذَكَراً ـ أَوْ قَالَ : أُنْثَىٰ ـ فَلَهُ كَذَا) ، فَوَلَدَتْهُمَا . . لَغَتْ . . . .

القيمة ، ولا يجوز صرف ما أوصىٰ به إلىٰ رقبتين مع إمكان ثلاث .

(**فإن عجز ثُلُثه عنهن . . فالمذهب : أنه لا يُشترىٰ شقص**) أي : لا يشترىٰ مع رقبتين شقص ، (**بل نفيستان به**) أي : يشترىٰ بما أوصىٰ به نفيستان .

(**فإن فضل**) من الثلث (**عن أنفَس رقبتين شيء . . فللورثة**) لأن الشقص ليس رقبة ، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بأن يشترىٰ بثلثه رقبة ، فلم يوجد به إلا شقص . . لم يُشتر قطعاً ، **وقيل** : يشترىٰ في مسألتنا الشقص ؛ لأنه أقرب إلىٰ غرض الموصي من صرف الفاضل للورثة ، واختاره الغزالي ، ومال إليه ابن الرفعة ، ورجحه السبكي .

وتعبيره بالمذهب : يقتضي حكاية طريقين وليس في « الروضة » و« أصلها » إلاّ وجهان[1] .

(**ولو قال** : « **ثلثي للعتق** » . . **اشترِي شقص**) قطعاً ؛ تحصيلاً لغرضه ما أمكن .

(**ولو وصىٰ لحملها فأتت بولدين**) حيين (. . **فلهما**) لأنه مفرد مضاف فعمَّ ، ولا يفضل الذكر على الأنثىٰ ؛ كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً إلا أن يصرح بالتفضيل .

(**أو بحي وميت . . فكلُّه للحي في الأصحِّ**) لأن الميت كالمعدوم ، **والثاني** : له النصف والباقي لورثة الموصي ؛ كما لو أوصىٰ لحيٍّ وميّت .

(**ولو قال** : « **إن كان حملك ذكراً ـ أو قال : أنثىٰ ـ فله كذا** » ، **فولدتهما . . لغت**) لأنه شرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل ولم يحصل ، ولو ولدت غلامين . . فكذلك عند الغزالي[2] ، **وقيل** : يقسم بينهما ، واختاره في «الروضة»[3] .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٨٦) ، روضة الطالبين (٦/ ١٦٦) .

(٢) الوسيط (٤/ ٤٤٤) .

(٣) روضة الطالبين (٦/ ١٦٧) .

وَلَوْ قَالَ : (إِنْ كَانَ بِبَطْنِهَا ذَكَرٌ) ، فَوَلَدَتْهُمَا . . ٱسْتَحَقَّ ٱلذَّكَرُ ، أَوْ وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ . . فَٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهَا وَيُعْطِيهِ ٱلْوَارِثُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وَلَوْ وَصَّىٰ لِجِيرَانِهِ . . فَلأَرْبَعِينَ دَاراً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . . . .

بخلاف قوله : إن كان حملها ابناً . . فله كذا ، وإن كان بنتاً . . فلها كذا فولدت ابنين ؛ فإنه لا شيء لهما ، **والفرق** : أن الذكر والأنثى اسما جنس يقع على الواحد والعدد ، بخلاف الابن والبنت ، قال الرافعي : والفرق ليس بواضح ، وخالفه المصنف ، وقال : **إنه واضح**[1] .

(**ولو قال** : « **إن كان ببطنها ذكر** ») فله كذا (**فولدتهما . . استحقّ الذكر**) لأن الصيغة ليست حاصرة للحمل فيه ، (**أو ولدت ذكرين . . فالأصحُّ** : **صحتها**) لأنه لم يحصر الحمل في واحد ، بل حصر الوصية فيه ، **والثاني** : المنع ؛ لاقتضاء التنكير التوحيد .

(**ويعطيه الوارث من شاء منهما**) كما لو وقع الإبهام في الموصىٰ به . . يرجع إلىٰ بيان الوارث ، وليس له التشريك بينهما ، **وقيل** : يوزع عليهما ، **وقيل** : يوقف إلىٰ أن يتأهلا للقبول ، فيصطلحا .

(**ولو وصىٰ لجيرانه . . فلأربعين داراً من كلِّ جانب**) من الجوانب الأربعة ؛ لما رواه أبو يعلى الموصلي في « مسنده » عن أبي هريرة مرفوعاً : « حَقُّ ٱلْجِوَارِ إِلَىٰ أَرْبَعِينَ دَاراً هَكَذَا وَهَكَذَا ، وَهَكَذَا وَهَكَذَا ، يَمِيناً وَشِمَالاً ، وَقُدَّاماً وَخَلْفاً » وفي إسناده ضعف ، لكن له طرق تقويه ، ورواه أبو داوود مرسلاً بإسناد صحيح[2] .

وقضية كلامه : أن المجموع مئة وستون ، وبه صرح القاضي أبو الطيب ، ويقسم المال علىٰ عدد الدور لا علىٰ عدد سكانها ؛ كما جزم به في « الروضة » ، قال السبكي : وينبغي أن يزاد فيه وتقسم حصة كلِّ دار علىٰ عدد سكانها ، وما جزم به المصنف هو **الصحيح المنصوص**[3] .

---

(١) الشرح الكبير (٧/٨٨) ، روضة الطالبين (٦/١٦٧) .
(٢) مسند أبي يعلىٰ (٥٩٨٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه ، مراسيل أبي داوود (٣٤٢) عن ابن شهاب الزهري رحمه الله تعالىٰ .
(٣) روضة الطالبين (٦/١٦٨) .

وَٱلْعُلَمَاءُ : أَصْحَابُ عُلُومِ ٱلشَّرْعِ مِنْ تَفْسِيرٍ وَحَدِيثٍ وَفِقْهٍ ، لاَ مُقْرِىءٌ وَطَبِيبٌ وَمُعَبِّرٌ وَأَدِيبٌ ، . . . .

وقيل : هو الملاصق داره ، **وقيل** : من نسب إلىٰ سكنىٰ محلته ، **وقيل** : أهل الزقاق غير النافذ ، **وقيل** : غير ذلك .

(والعلماء) فيما إذا أوصىٰ للعلماء **(أصحاب علوم الشرع من تفسير وحديث وفقه)** للعرف ، **والمراد بالتفسير** : علم معاني كتاب الله تعالىٰ خبراً وحكماً ، **وبالحديث** : العلم بطرقه ، ومعانيه ، لا من يسمعه ولا علم له بطرقه ومتونه وأسماء رجاله ؛ إذ السماع المجرد ليس بعلم ، **وبالفقه** : معرفة الأحكام الشرعية نصّاً واستنباطاً ؛ ولهـٰذا لا تدخل فيه الظاهرية كما أجاب به ابن سريج والقاضي الحسين .

ولو أوصىٰ لأعلم الناس . . صرف إلى الفقهاء ؛ لتعلق الفقه بأكثر العلوم ، قاله الماوردي(١) .

وقضية كلام المصنف : الحصر في هـٰذه الثلاثة ، وليس كذلك بل يدخل العالم بأصول الفقه ؛ كما قاله الصَّيْمَري وصاحب « البيان » لانبناء الفقه عليه(٢) .

وعدّ الغزالي في مقدمة « المستصفىٰ » من العلم الديني علم الباطن ؛ يعني : علم القلب وتطهيره عن الأخلاق الذميمة(٣) .

(لا مقرىء وطبيب ومُعبِّر وأديب) ومنجم وحاسب ومهندس ؛ لأن أهل العرف لا يعدونهم منهم ، وكذا العالم باللغة والتصريف ، والعروض والقوافي ، والمعاني والبيان والبديع ، والموسيقا ونحوها .

قال في « المطلب » : **والمراد بالمقرئ** : التالي فقط ، أما العالم بالروايات ورجالها . . فكالعالم بطرق الحديث ، وقد أفهم كلام « الوسيط »(٤) : أنه منهم ، قال السبكي : **وفيه نظر** ؛ فإن التالي قارىء لا مقرىء ، وذكر كلاماً طويلاً ، ثم اختار أن

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٢١٤) .
(٢) البيان (٨/٢٢٨) .
(٣) المستصفىٰ (١/ ٥) .
(٤) الوسيط (٤/ ٤٤٥ـ٤٤٦) .

العلماء بالقراءات علماء قطعاً يصرف إليهم من الوصية للعلماء ، ومن الوقف عليهم ؛ كما قاله ابن الرفعة ، قال : بل هم أولى الناس بهـٰذا ، **والمراد بالمعبر** : مفسر المنام ، **والأفصح** : عابر ؛ لأنه يقال : عبرت ـ بالتخفيف ـ كما قال تعالىٰ : ﴿ لِلرُّءْيَا تَعْبُرُونَ ﴾ . **وبالأديب** : النحوي ، وقال ابن يونس : ينبغي أن يدخل ؛ لانبناء الفقه عليه .

(**وكذا متكلم عند الأكثرين**) للعرف ، ونقله العبادي في « زياداته » عن النصِّ ، **وقيل** : يدخل ، ومال إليه الرافعي .

واقتضىٰ كلامه : أن الدليل يقتضي التسوية بينه وبين المحدث والمقرىء ، فإما أن يستووا في الدخول كلهم ، أو في الخروج ، ولأجل هـٰذا التوقف عدل المصنف عن الأصحِّ إلىٰ قوله : (**عند الأكثرين**) .

وقال السبكي ما حاصله : إن العلم بالله وصفاته وما يجب له وما يستحيل عليه ؛ ليرد على المبتدعة ، ويميز بين الاعتقاد الفاسد والصحيح ، وتقرير الحق ونصره . . من أجلِّ العلوم الشرعية ، والعالم به من أفضلهم ، ويصرف إليه من الوصية للعلماء والوقف عليهم .

ومَنْ دأبُه الجدل والشبه وخبط عشواء في الحق والباطل ، والزيادة عليه إلىٰ أن يكون مبتدعاً ، أو داعياً إلىٰ ضلالة . . فذلك باسم الجهل أحق . انتهىٰ .

وهـٰذا هو القسم الذي أنكره الإمام الشافعي رضي الله عنه وقال : لأن يلقى العبدُ ربه بكلِّ ذنب ما خلا الشرك . . خيرٌ من أن يلقاه بعلم الكلام .

وأما القسم الأول : فهو الذي عدوه في (كتاب السير) من فروض الكفايات .

قال السبكي : وكذا الصوفية ينقسمون إلىٰ هـٰذين القسمين ، وذكر في ذلك كلاماً نفيساً ، وقال في آخره : ومن كان من هـٰؤلاء الصوفية المتأخرين ؛ كابن عربي وابن سبعين والقطب القونوي والعفيف التلمساني . . فهـٰؤلاء ضلال جهال خارجون عن طريق الإسلام ؛ فضلاً عن العلماء[1] .

---

(١) انظر « النجم الوهاج » (٦/ ٢٨٥ـ٢٨٦) ، و« مغني المحتاج » (٣/ ٨٠) .

وَيَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ ٱلْفُقَرَاءِ ٱلْمَسَاكِينُ وَعَكْسُهُ ، وَلَوْ جَمَعَهُمَا . . شُرِّكَ نِصْفَيْنِ ، وَأَقَلُّ كُلِّ صِنْفٍ ثَلَاثَةٌ ، وَلَهُ ٱلتَّفْضِيلُ . أَوْ لِزَيْدٍ وَٱلْفُقَرَاءِ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ فِي جَوَازِ إِعْطَائِهِ أَقَلَّ مُتَمَوَّلٍ ، لَـٰكِنْ لاَ يُحْرَمُ . . . .

(**ويدخل في وصية الفقراء المساكينُ وعكسُهُ**) فيجوز الصرف لهـٰؤلاء من الوصية لهـٰؤلاء وعكسه ؛ لأن كلَّ واحد من الاسمين يقع علىٰ كلٍّ من الفريقين عند الانفراد في العرف .

قال ابن سراقة في « التلقين » : وإنما تصرف الوصية لفقراء المسلمين ؛ كالزكاة ، وهل يختص بها فقراء بلد المال أو يجوز نقلها ؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في نقل الزكاة ، **والمذهب في** « **أصل الروضة** » **هنا** : الجواز[1] ؛ لأن الأطماع لا تمتد إليها امتدادها في الزكاة .

(**ولو جمعهما**) أي : أوصىٰ للفقراء والمساكين (. . **شُرِّك نصفين**) كما في الزكاة ، بخلاف ما إذا أوصىٰ لبني زيد وبني عمرو . . فإنه يقسم علىٰ عددهم ولا ينصف .

(**وأقلُّ كلِّ صنف ثلاثة**) لأنه جمع ، وأقلُّ الجمع ثلاثة ، فلو دفع الوصي إلى اثنين . . غرم للثالث الثلث ، أو أقلَّ ما يتمول ، فيه الخلاف في نظيره من الزكاة ، **والمنصوص عليه في** « **الأم** » **في مسألتنا** : أنه يضمن الثلث ؛ كما قاله الماوردي[2] ، هـٰذا إذا لم يكونوا محصورين ، فإن أوصىٰ لفقراء بلد وهم محصورون . . اشترط استيعابهم والتسوية بينهم ؛ كتعيينهم .

(**وله التفضيل**) بين آحاد كلِّ صنف بحسب الحاجة ، ولا تجب التسوية بل يتأكد تفضيل الأشدِّ حاجة وعيالاً .

(**أو لزيد والفقراء . . فالمذهب : أنه كأحدهم في جواز إعطائه أقلَّ متموَّل**) لأنه ألحقه بهم (**لكن لا يحرم**) قطعاً وإن كان غنيّاً لنصه عليه .

وقوله : فـ(المذهب) : عبر في « الروضة » : **بالأصحِّ** ، وحكىٰ في المسألة سبعة

---

(١) روضة الطالبين (٦/١٧١) .
(٢) الحاوي الكبير (١٠/١٠٨) .

أَوْ لِجَمْعٍ مُعَيَّنٍ غَيْرِ مُنْحَصِرٍ . . صَحَّتْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَهُ ٱلاقْتِصَارُ عَلَىٰ ثَلاَثَةٍ . أَوْ لِأَقَارِبِ زَيْدٍ . . دَخَلَ كُلُّ قَرَابَةٍ وَإِنْ بَعُدَ ، إِلاَّ أَصْلاً وَفَرْعاً فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

أوجه ؛ **منها** : أن لزيد ربع الوصية ؛ لأن أقلَّ من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة ، **ومنها** : أن له النصف ولهم النصف ؛ لأنه قابل بينه وبينهم في الذكر ، فأشبه ما إذا أوصىٰ لزيد وعمرو[1] ، وقد اعتمده السبكي فيما لو وقف علىٰ مدرس وإمام وعشرة فقهاء . . فقال : **المذهب** : أنه يقسم علىٰ ثلاثة للعشرة ثلثها .

(**أو لجمع معين غيرِ منحصر**) كالعلوية[2] ، والهاشمية ، وبني تميم ونحوها (. . **صحت في الأظهر**) كالوصية للفقراء .

(**وله الاقتصار علىٰ ثلاثة**) كما في الفقراء ، **والثاني** : البطلان ؛ لأن التعميم يقتضي الاستيعاب وهو ممتنع ، بخلاف الفقراء ؛ فإن عرف الشرع خصصه بثلاثة فأتبع .

(**أو لأقارب زيد . . دخل كلُّ قرابة وإن بعد**) ووارثاً وغيره ، ومسلماً وكافراً ، وغنياً وفقيراً وإن بعد ؛ لشمول الاسم للكلِّ ، ولا يختص هنا بالجمع وإن كان جمعاً حتىٰ لو لم يكن سوىٰ قريبين أو قريب واحد . . أخذ الكلَّ لا القسط **في الأصحِّ** .

وأفهم قوله : (كل قرابة) : وجوب استيعابهم ، **ومحله** : إذا انحصروا ، **فإن** لم ينحصروا . . فكالوصية للعلوية .

(**إلا أصلاً وفرعاً في الأصحِّ**) إذ لا يسمون أقارب عرفاً ، وعبر عنه في « المحرر » **بالأظهر**[3] ، **والثاني** : يدخلان ، وصححه في « الكفاية » ؛ لأنهما يدخلان في الوصية لأقرب الأقارب ، فكيف لا يكونان من الأقارب ؟![4]

قال السبكي بعد أن نقل عن جماعة الجزم به : **وهـٰذا أظهر نقلاً وبحثاً** ، وقال البُلْقيني : إنه المختار ، وإن نص « الأم » و« المختصر » ظاهر فيه .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ١٨٣) .

(٢) قوله : (كالعلوية) في غير (أ) من المتن .

(٣) المحرر (ص٢٧٤) .

(٤) كفاية النبيه (١٢/ ٢٠٦ـ٢٠٧) .

وَلاَ تَدْخُلُ قَرَابَةُ أُمٍّ فِي وَصِيَّةِ ٱلْعَرَبِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَٱلْعِبْرَةُ بِأَقْرَبِ جَدٍّ يُنْسَبُ إِلَيْهِ زَيْدٌ ، وَتُعَدُّ أَوْلاَدُهُ قَبِيلَةً . وَيَدْخُلُ فِي أَقْرَبِ أَقَارِبِهِ ٱلأَصْلُ وَٱلْفَرْعُ . . . .

والثالث : لا يدخل الأبوان والأولاد ؛ لأن القريب في العرف من انتمىٰ بواسطة ، ويدخل الأجداد والأحفاد ، قال الرافعي في « الشرحين » : **وهـٰذا أظهر من جهة النقل** حتىٰ إن الأستاذ أبا منصور حكىٰ إجماع الأصحاب عليه ، وجعله في « الروضة » الأصحَّ ، وقال في « المهمات » : **إن العمل عليه** ؛ لتصريح الرافعي بأنه **أظهر** نقلاً ، والمذهب نقل(١) .

(**ولا تدخل قرابة أم في وصية العرب في الأصحِّ**) فإنهم لا يفتخرون بها ولا يعدونها قرابة ، **والثاني** : تدخل ؛ كما في وصية العجم ، **وهـٰذا هو الأصحُّ في** « **الروضة** » ، **والأقوىٰ في** « **الشرحين** » و« **التذنيب** » ، وبه قطع العراقيون ، قال في « المهمات » : **والفتوىٰ عليه** ؛ لموافقته ظاهر النص وقول الأكثرين(٢) .

(**والعبرة بأقرب جد ينسب إليه زيد ، وتُعدُّ أولاده قبيلة**) يعني : أولاد ذلك الجد ، فيرتقي في بني الأعمام إلىٰ أقرب جد يعرف به ، **مثاله** : أوصىٰ لأقارب الشافعي في زمانه . . صرف إلىٰ من ينسب إلىٰ شافع ؛ لأنه أقرب جد يعرف به الشافعي ، ولا يصرف إلىٰ ما ينسب إلىٰ جد بعد شافع ؛ كأولاد علي والعباس أخوي شافع ؛ لأنهم إنما ينسبون إلى المطلب .

ولو أوصىٰ لأقارب بعض أولاد الشافعي في هـٰذا الوقت . . دخل فيها أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع .

ولو أوصىٰ حسني لأقاربه . . لم يدخل الحسينيون ـ بالتصغير ـ أو حسيني لم يدخل الحسنيون ـ بالتكبير ـ لأنه لولا ذلك . . أدىٰ إلىٰ دخول جميع الناس ؛ فإن آدم يجمعهم .

وخرج بقوله : (ينسب إليه) : **جدُّ الأم** ؛ فإنه لا ينسب إليه .

(**ويدخل في أقرب أقاربه الأصلُ والفرع**) لأن أقربهم هو المنفرد بزيادة القرابة ، وهما كذلك .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٩٩) ، روضة الطالبين (٦/ ١٧٣) ، المهمات (٦/ ٣٦٤) .
(٢) روضة الطالبين (٦/ ١٧٤) ، الشرح الكبير (٧/ ١٠٠) ، المهمات (٦/ ٣٦٤) .

وَٱلأَصَحُّ : تَقْدِيمُ ٱبْنٍ عَلَىٰ أَبٍ ، وَأَخٍ عَلَىٰ جَدٍّ ، وَلاَ يُرَجَّحُ بِذُكُورَةٍ وَوِرَاثَةٍ ، بَلْ يَسْتَوِي ٱلأَبُ وَٱلأُمُّ ، وَٱلاِبْنُ وَٱلْبِنْتُ ، وَيُقَدَّمُ ٱبْنُ ٱلْبِنْتِ عَلَى ٱبْنِ ٱبْنِ ٱلاِبْنِ . وَلَوْ أَوْصَىٰ لِأَقَارِبِ نَفْسِهِ . . لَمْ تَدْخُلْ وَرَثَتُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

واعترض قوله : (ويدخل في أقرب أقاربه الأصل والفرع) فإنه ليس أقرب الأقارب غيرهما ، **فكان ينبغي أن يقول** : وأقرب الأقارب الأصل والفرع .

وأجيب عنه : بأنهما أقرب الأقارب على الإطلاق ، ويصحُّ إطلاق الدخول بمعنىٰ أن كلاًّ منهما داخل .

(**والأصحُّ : تقديم ابنٍ علىٰ أب**) لأنه أقوىٰ إرثاً وتعصيباً ، فيقدم الأولاد ، ثم أولادهم وإن سفلوا ، ويسوىٰ بين أولاد البنين وأولاد البنات ، ثم الأبوان ، ثم الأجداد إن لم يكن أخ أو أخت ، **والثاني** : يستويان ؛ لاستواء درجتهما ، **فعلىٰ هٰذا** : يقدم الأب على ابن الابن ، والأم في ذلك كالأب ؛ كما صرح به الجرجاني .

(**وأخٍ علىٰ جدٍّ**) لقوة البنوة ، وليس لنا موضع يقدم فيه الأخ على الجد إلا هنا ، وفي الولاء ، **والثاني** : يستويان ؛ لاستوائهما في الإدلاء ، والأخت في ذلك كالأخ ؛ كما في « الكفاية » عن الروياني[1] .

وإطلاق المصنف الأخ والجد يشمل الأخ للأم والجد للأم ، **وهو الصحيح** ، فيجري الخلاف في الجد أب الأب ، والجد أب الأم ، مع الأخ للأب والأخ للأم .

(**ولا يُرجَّح بذكورة ووراثة**[2] ، **بل يستوي الأب والأم ، والابن والبنت**) والأخ والأخت ؛ كما يستوي المسلم والكافر ، ويقدم الشقيق علىٰ غيره قطعاً ، ويستوي الأخ من الأب والأخ من الأم .

(**ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن**) لأنه أقرب منه .

(**ولو أوصىٰ لأقارب نفسه . . لم تدخل ورثته في الأصحِّ**) اعتباراً بعرف الشرع لا بعموم اللفظ ، ولأن الوارث لا يوصىٰ له غالباً ، فيختص بالباقين ، **والثاني** : يدخلون ؛ لأن اللفظ يتناولهم ، ثم يبطل نصيبهم ، ويصحُّ للباقين .

---

(١) كفاية النبيه (١٢/ ٢١٠) .

(٢) في (ز) : (بذكورة وأنوثة) .

فَصْلٌ
[في أحكام معنوية للموصىٰ به]

تَصِحُّ بِمَنَافِعِ عَبْدٍ وَدَارٍ وَغَلَّةِ حَانُوتٍ ، وَيَمْلِكُ ٱلْمُوصَىٰ لَهُ مَنْفَعَةَ ٱلْعَبْدِ ، وَأَكْسَابَهُ ٱلْمُعْتَادَةَ ، وَكَذَا مَهْرُهَا فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ وَلَدٌ فِي ٱلأَصَحِّ ، بَلْ هُوَ كَٱلأُمِّ ؛ مَنْفَعَتُهُ لَهُ ، وَرَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ ، ....

(**فصل**) **في الأحكام المعنوية** : (**تصحُّ بمنافع عبد ودار وغلّةِ حانوت**) مؤبدة ، ومؤقتة ، ومطلقة ؛ لأنها أموال مقابلة بالأعواض ، فكانت كالأعيان ، والإطلاق يقتضي التأبيد ، وقد ذكر المصنف في أوائل الباب : الوصية بالمنافع(١) ، وإنما أعادها ؛ لأجل ترتيب الأحكام الآتية عليها .

(**ويملك الموصىٰ له منفعة العبد ، وأكسابَه المعتادة**) كاحتطاب ، واصطياد ، وأجرة حرفة ونحوها ؛ لأنها أبدال المنافع الموصىٰ بها ، أما النادرة ؛ كاتهابه والتقاطه . . فلا يملكها **على الأصحِّ** ؛ لأنها لا تقصد بالوصية .

(**وكذا مهرها في الأصحِّ**) أي : مهر الموصىٰ بمنفعتها إذا وجبت بنكاح أو وطء شبهة ؛ لأنه من فوائد الرقبة ؛ كالكسب ، وتبع في هـٰذا التصحيح « المحرر » ، ولم يصرحا بتصحيح في « الروضة » و« أصلها » بل نسبا هـٰذا لقطع العراقيين والبغوي ، ومقابله ـ وهو كونه لورثة الموصي ـ : للمراوزة وقطع المتولي وتصحيح الغزالي ، ثم قالا : **وهو الأشبه** ، وقال في « الشرح الصغير » : **إنه الأظهر** ؛ لأنه بدل منفعة البضع ، وهي لا يوصىٰ بها ؛ فلا تستحق بالوصية بدلها ، قال في « المهمات » : **والراجح نقلاً** : ما في « المحرر » ، واختاره السبكي(٢) .

(**لا ولد**)(٣) من نكاح أو زنا (**في الأصحِّ ، بل هو كالأم ؛ منفعته له ، ورقبته للوارث**) لأنه جزء الأم ، **والثاني** : يملكه الموصىٰ له ؛ كالموقوفة .

---

(١) منهاج الطالبين (ص٣٥٢) .

(٢) المحرر (ص٢٧٤) ، روضة الطالبين (٦/١٨٧) ، الشرح الكبير (٧/١١١) ، المهمات (٦/٣٦٨) .

(٣) في (ز) و(و) : (لا ولدها) .

وَلَهُ إِعْتَاقُهُ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِنْ أَوْصَىٰ بِمَنْفَعَتِهِ مُدَّةً ، وَكَذَا أَبَداً فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبَيْعُهُ إِنْ لَمْ يُؤَبَّدْ كَٱلْمُسْتَأْجَرِ ، وَإِنْ أَبَّدَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ دُونَ غَيْرِهِ ، وَأَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ ٱلْعَبْدِ كُلُّهَا مِنَ ٱلثُّلُثِ إِنْ أَوْصَىٰ بِمَنْفَعَتِهِ أَبَداً ، . . . .

وفرق الأول : بأن الملك في الموقوفة أقوىٰ ؛ ولهـٰذا يملك الرقبة علىٰ قول فقوي الاستتباع ، بخلاف هنا .

(**وله إعتاقه**) أي : للوارث إعتاق العبد الموصىٰ بمنفعته ولو مؤبداً ؛ لأن رقبته خالص ملكه ، **ومحل عتقه** : في التبرع ، فلو أعتقه عن الكفارة . . لم يجز عنها **في الأصحِّ** ؛ لعجزه عن الكسب ؛ كالزمن ، وليس له كتابته **على الأصحِّ** ؛ لاستحقاق أكسابه ، وإذا أعتقه . . **فالصحيح** : بقاء الوصية بحالها ؛ كالإجارة .

(**وعليه**) أي : على الوارث (**نفقته إن أوصىٰ بمنفعته مدة**) لأنه مالك الرقبة ؛ كما إذا أجر عبده .

(**وكذا أبداً في الأصحِّ**) لما قلناه ، فإن شق عليه . . فخلاصه : أن يعتقه ، **والثاني** : أنها على الموصىٰ له ؛ كالزوج ، والفطرةُ كالنفقة .

(**وبيعُه إن لم يؤبّد كالمستأجَر**) أي : بيع الموصىٰ بمنفعته مدة ؛ كبيع العين المأجورة ، فيصحُّ **في الأظهر** ، والجامع : استحقاق المنفعة مؤقتة ، قال في « المطلب » : ويظهر تقييد الخلاف بما إذا كانت المدة معينة ، فإن كانت مجهولة ؛ كحياة زيد . . فيتعين القطع بالبطلان .

(**وإن أبّد . . فالأصحُّ : أنه يصح بيعه للموصىٰ له دون غيره**) إذ لا فائدة له فيه ، **والثاني** : يصحُّ مطلقاً ؛ لكمال الملك فيه ، **والثالث** : لا يصحُّ مطلقاً ؛ لاستغراق المنفعة بحقِّ العين ، ونقله القاضيان أبو الطيب والحسين عن الأكثرين ، وقالا : **إنه المذهب** .

(**وأنه تعتبر قيمة العبد كلُّها**) رقبة ومنفعة (**من الثلث إن أوصىٰ بمنفعته أبداً**) لأنه حال بينه وبين الوارث ، والحيلولة كالإتلاف ، ألا ترىٰ أن الغاصب يضمن بها ؟

والثاني : يعتبر ما نقص من قيمته ؛ إذ لا بدَّ أن تبقىٰ له قيمة طمعاً في إعتاقه ، وولائه ، ولبقاء الرقبة للوارث ، فلا معنىٰ لاحتسابها على الموصىٰ له ، وصححه

وَإِنْ أَوْصَىٰ بِهَا مُدَّةً . . قُوِّمَ بِمَنْفَعَتِهِ ثُمَّ مَسْلُوبَهَا تِلْكَ ٱلْمُدَّةَ ، وَيُحْسَبُ ٱلنَّاقِصُ مِنَ ٱلثُّلُثِ . وَتَصِحُّ بِحَجِّ تَطَوُّعٍ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَيُحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ أَوِ ٱلْمِيقَاتِ كَمَا قَيَّدَ ، وَإِنْ أَطْلَقَ . . فَمِنَ ٱلْمِيقَاتِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَحَجَّةُ ٱلإِسْلاَمِ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، فَإِنْ أَوْصَىٰ بِهَا مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ أَوِ ٱلثُّلُثِ . . عُمِلَ بِهِ ، . . . .

الغزالي وطائفة ، **فعلىٰ هـٰذا** : تحسب قيمة الرقبة على الوارث **على الأصحِّ** .

مثاله : أوصىٰ بعبد قيمته بمنافعه مئة وبدونها عشرة ؛ **فعلى الأول** . . تعتبر المئة من الثلث ، **ويشترط** : أن يكون له مئتان سوى العبد ، **وعلى الثاني** . . المعتبر تسعون فقط ، **فيشترط** : أن يبقىٰ للورثة ضعف التسعين مع العشرة **علىٰ وجه** ، ودونها **علىٰ وجه** .

(**وإن أوصىٰ بها مدة . . قوِّم بمنفعته ثم مسلوبَها تلك المدة ، ويحسب الناقص من الثلث**) لأن الحيلولة بعرض الزوال ؛ فإذا قوّم بالمنفعة بمئة ثم بدونها **تلك** المدة بثمانين . . فالوصية بعشرين **هـٰذا أصحُّ الطرق** ، وقيمة الرقبة هنا محسوبة من التركة قطعاً، **والطريق الثاني** : طرد الخلاف في الوصية المؤبدة، **والثالث** : أنا إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين . . فهنا أولىٰ، وإلا . . فوجهان، **أحدهما** : التفاوت، **والثاني** : الرقبة.

والرابع : أن المعتبر من **الثلث** : أجرة مثل تلك المدة ، وذكر العبد مثال ؛ فإن منفعة الدار وثمرة البستان كذلك .

(**وتصحُّ**) الوصية (**بحجِّ تطوُّع في الأظهر**) الخلاف مبني علىٰ جواز النيابة فيه ، **والأظهر** : الجواز ؛ لأنه عبادة تدخل النيابة في فرضها فتدخل في نفلها ؛ كأداء الزكاة ، وهو محسوب من **الثلث** ؛ كسائر التبرعات ، والعمرة في ذلك كالحج .

واحترز بالتطوع : عن الفرض ؛ فيصحُّ قطعاً .

(**ويُحجُّ** من بلده **أو الميقات كما قيّد**) عملاً بوصيته ، (**وإن أطلق . . فمن الميقات في الأصحِّ**) حملاً علىٰ أقلِّ الدرجاتِ ، **والثاني** : من بلده ؛ لأنه العرف فيه .

(**وحجة الإسلام من رأس المال**) وإن لم يوص بها **على المشهور** ؛ كسائر الديون ، والحجة المنذورة كحجة الإسلام .

(**فإن أوصىٰ بها من رأس المال أو الثلث . . عُمل به**) وهو في الأولىٰ تأكيد ؛ لأنه

وَإِنْ أَطْلَقَ ٱلْوَصِيَّةَ بِهَا . . فَمِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَقِيلَ : مِنَ ٱلثُّلُثِ ، وَيُحَجُّ مِنَ ٱلْمِيقَاتِ . وَلِلأَجْنَبِيِّ أَنْ يَحُجَّ عَنِ ٱلْمَيْتِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

المفعول بدونها ، وفي الثانية قصد الرفق بالورثة ، **وفائدة جعلها من الثلث** : مزاحمة الوصايا ، فيقسم الثلث بينها بالسوية ، ويكمل الواجب من رأس المال ؛ فإن لم يكن غير الوصية بالحج . . فلا فائدة في قولهم : (تعتبر من الثلث) لأنه يجب قضاؤه علىٰ كلِّ تقدير .

(**وإن أطلق الوصية بها . . فمن رأس المال**) كما لو لم يوص ، وتحمل الوصية بها على التأكيد والتذكار بها ، (**وقيل** : من الثلث) لأنها من رأس المال ، فوصيته بها قرينة دالة علىٰ أنها من الثلث ؛ إذ هو مصرف الوصايا ، وهـٰذا قول لا وجه ، **فكان الصواب أن يقول** : (وفي قول) .

(**ويُحجُّ** من **الميقات**) أي : ميقات بلده ؛ لأنه لو كان حياً . . لم يلزمه سواه ، ولا يخرج من ماله إلا ما كان مستحقاً عليه .

(**وللأجنبي أن يحج عن الميت بغير إذنه في الأصحِّ**) كقضاء دينه ، **والثاني** : المنع ؛ لافتقاره إلى النية فلا بدَّ من استنابة ، وصححه المصنف في نظيره من الصوم في (كتاب الصيام)[1] لكن فرق : بأن للصوم بدلاً وهو الأمداد .

وقوله : (بغير إذنه) : ظاهره : إذن الميت ، **ويشترط** : كون إذنه في حال جواز الاستنابة ، وقال ابن الملقن : أي : بغير إذن الوارث ، وكذا صورها في « الروضة » و« أصلها » ، **وهو صحيح أيضاً** ؛ فإنه يصحُّ بإذن الوارث ، قطعاً[2] .

قال الأَذْرَعي : **وحينئذ ينبغي أن يقال** : (بغير إذن) ليشمل إذنه وإذن الوارث والحاكم حيث لا وارث .

واحترز بقوله : (بغير إذنه) : عما إذا أذن هو أو وارثه . . فإنه يجوز قطعاً .

وبالأجنبي : عن الوارث . . فإنه يجوز له جزماً ، هـٰذا كلُّه في حجِّ الفرض ، أما التطوع . . فقال العراقيون : إن لم يوص به . . لم يصحَّ عنه ، ونقل المصنف في « شرح

---

(١) منهاج الطالبين (ص١٨٤) .
(٢) عجالة المحتاج (٣/ ١١٠٢) ، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٠) ، الشرح الكبير (٧/ ١٢٧) .

وَيُؤَدِّي ٱلْوَارِثُ عَنْهُ ٱلْوَاجِبَ ٱلْمَالِيَّ فِي كَفَّارَةٍ مُرَتَّبَةٍ ، وَيُطْعِمُ وَيَكْسُو فِي ٱلْمُخَيَّرَةِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ يُعْتِقُ أَيْضاً ، وَأَنَّ لَهُ ٱلأَدَاءَ مِنْ مَالِهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ تَرِكَةٌ ، وَأَنَّهُ يَقَعُ عَنْهُ لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِطَعَامٍ أَوْ كِسْوَةٍ ، . . . .

المهذب » هناك الاتفاق عليه ، مع حكايته هنا تبعاً للرافعي عن السَّرَخْسي : أن للوارث الاستنابة ، وأن الأجنبي لا يستقل به **على الأصحِّ**[1] .

(**ويؤدي الوارث عنه**) من التركة (**الواجب المالي في كفارة مرتبة**) ككفارة القتل والوقاع والظهار .

والمراد بـ(الواجب المالي) : العتق أو غيره ، ويكون الولاء للميت إذا أعتق .

واحترز بـ(المالي) : عن البدني ؛ كالصوم وهو بناء **على الجديد** ، وسبق **أن المختار** : القديم في أنه يؤديه عنه أيضاً .

(**ويطعم ويكسو**) من التركة (**في المخَيَّرة**) ككفارة اليمين ، [ونذر اللجاج ، وتحريم عين الأمة][2] . و(الواو) في (**ويكسو**) بمعنىٰ (أو) .

(**والأصحُّ : أنه يعتق أيضاً**) كالمرتبة ؛ لأنه نائبه شرعاً ، فإعتاقه كإعتاقه ، **والثاني** : لا ؛ لأن فيه إلحاق الولاء بالميت ، ولا ضرورة إليه .

(**وأن له**) أي : للوارث (**الأداء من ماله إذا لم تكن تركةٌ**) سواء العتق وغيره ؛ كقضاء الدين ، **والثاني** : المنع ؛ لبعد العبادة عن النيابة ، **والثالث** : يمتنع الإعتاق فقط ؛ لبعد إثبات الولاء للميت .

وقوله : (إذا لم تكن تركة) : يفهم منعه عند وجود تركة ، وقال السبكي : إن الذي يظهر جواز الأداء من ماله مع وجود تركة ، قال : ثم رأيت في « البيان » ما يوافقه ، وفي كلام الرافعي ما يخالفه بحثاً ؛ فإنه قال : يشبه أنه كالأجنبي ، ونازعه السبكي فيه[3] .

(**وأنه يقع عنه لو تبرع أجنبي بطعام أو كسوة**) **على الأصحِّ** ؛ كقضاء الدين ،

---

(١) المجموع (٧/ ٨١) ، الشرح الكبير (٧/ ١٢٧) ، روضة الطالبين (٦/ ٢٠٠) .

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من (ز) .

(٣) البيان (٨/ ٣١٦) ، الشرح الكبير (٧/ ١٢٨ـ ١٢٩) .

لاَ إِعْتَاقٍ فِي ٱلأَصَحِّ . وَينْفَعُ ٱلْمَيْتَ صَدَقَةٌ وَدُعَاءٌ مِنْ وَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ .

والثاني : لا ؛ لبعد العبادة عن النيابة .

(**لا إعتاق في الأصحِّ**) لاجتماع عدم النيابة ، وبعد إثبات الولاء للميت ، **والثاني** : يقع عنه ؛ كالوارث ، وتابع « المحرر » في هٰذا الترجيح ، وليس في « الشرحين » و« الروضة » هنا ترجيح بل قالا : قيل على الوجهين ؛ أي : في تبرعه عنه لغيره[1] .

وقيل : بالمنع قطعاً ، لكن في « الروضة » و« أصلها » في (باب كفارة اليمين) تصحيح المنع في المخيرة ، والجواز في المرتبة ؛ بناء علىٰ إحدى العلتين في المخيرة ، وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق[2] .

(**وينفع الميتَ صدقةٌ ودعاء من وارث وأجنبي**) بالإجماع ؛ كما نقله المصنف وغيره ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ رَبَّنَا ٱغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾ فدل علىٰ أن هٰذا ينفعهم ، وفي « الصحيح » : « أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ »[3] .

وروى الإمام أحمد بإسناد صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إِنَّ ٱللهَ يَرْفَعُ ٱلدَّرَجَةَ لِلْعَبْدِ فِي ٱلْجَنَّةِ ، فَيَقُولُ : يَا رَبِّ ؛ أَنَّىٰ لِي هَـٰذَا ؟ فَيُقَالُ : بِٱسْتِغْفَارِ وَلَدِكَ لَكَ »[4] .

وفي الصحيح : (أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله ؛ إن أمي توفيت أفأتصدق عنها ؟ قال : « نَعَمْ » قال : أيُّ الصدقة أفضل ؟ قال : « سَقْيُ ٱلْمَاءِ »)[5] .

وشمل إطلاقه الصدقة : الوقف ، وذكر صاحب « العدة » : أنه لو أنبط عيناً ، أو حفر نهراً ، أو غرس شجراً ، أو وقف مصحفاً في حياته ، أو فعله عنه غيره بعد موته . .

---

(١) المحرر (٢٧٥) ، الشرح الكبير (٧/١٢٨) ، روضة الطالبين (٦/٢٠١) .
(٢) روضة الطالبين (١١/٢٦) ، الشرح لكبير (١٢/٢٧٩) .
(٣) أخرجه مسلم (١٦٣١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .
(٤) المسند (٢/٥٠٩) ، وأخرجه ابن ماجه (٣٦٦٠) .
(٥) أخرجه النسائي (٦/٢٥٥) ، وأحمد (٦/٧) ، والشطر الأول من الحديث عند البخاري برقم (٢٧٦٠) .

فَصْلٌ

[في الرجوع عن الوصية]

لَهُ ٱلرُّجُوعُ عَنِ ٱلْوَصِيَّةِ وَعَنْ بَعْضِهَا ....

يلحق الثواب الميت ، قال الرافعي : ولا يختص الحكم بوقف المصحف بل يجري في كلِّ وقف[1] .

وكلام المصنف قد يفهم : أنه لا ينفعه ثواب غير ذلك ؛ كالصلاة عنه قضاء أو غيره ، وقراءة القرآن **وهو المشهور عندنا**[2] .

نعم ؛ يستثنىٰ : ركعتا الطواف ؛ فإن الأجير يأتي بهما عن المحجوج عنه تبعاً للطواف **على الأصحِّ** .

وحكىٰ في « شرح مسلم » وجهاً : أن ثواب القراءة يصل إلى الميت ، واختاره جماعة من الأصحاب منهم : ابن أبي عصرون ، وابن الصلاح ، **وعليه عمل الناس ، وما رآه المسلمون حسناً . فهو عند الله حسن** ، وألحق الماوردي القراءة عند القبر بالحج عنه ، وذلك يقتضي وصول الثواب إليه .

وجوز القاضي الحسين الاستئجارَ علىٰ قراءة القرآن عند الميت ، قال ابن الصلاح : **وينبغي أن يقول** : (اللهم ؛ أوصل ثواب ما قرأناه لفلان) ، فيجعله دعاء ، **وينبغي** : الجزم بنفع هـٰذا ؛ لأنه إذا نفع الميت الدعاء ، وجاز بما ليس للداعي . . فلأن يجوز بما له أولىٰ ، وهـٰذا لا يختص بالقراءة ، بل يجري في سائر الأعمال[3] .

* * *

(**فصل : له الرجوع عن الوصية وعن بعضها**) لأنها عطية لم يزل عنها ملك معطيها، فأشبهت الهبة قبل القبض ، وقد روى البيهقي تعليقاً عن عمر رضي الله عنه : (يغير الرجل من وصيته ما شاء)، وأسنده عن عائشة رضي الله عنها بإسناد صحيح[4] .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ١٣٠) .

(٢) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

(٣) شرح مسلم (١/ ٩٠) ، الحاوي الكبير (١٠/ ١٤٥) ، فتاوى ابن الصلاح (١/ ١٩٣) .

(٤) سنن البيهقي (٦/ ٢٨١) .

بِقَوْلِهِ : (نَقَضْتُ ٱلْوَصِيَّةَ) ، أَوْ (أَبْطَلْتُهَا) ، أَوْ (رَجَعْتُ فِيهَا) ، أَوْ (نَسَخْتُهَا) ، أَوْ (هَـٰذَا لِوَارِثِي) . وَبِبَيْعٍ وَإِعْتَاقٍ وَإِصْدَاقٍ ، وَكَذَا هِبَةٌ أَوْ رَهْنٌ مَعَ قَبْضٍ ، وَكَذَا دُونَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَبِوَصِيَّةٍ بِهَـٰذِهِ ٱلتَّصَرُّفَاتِ ، وَكَذَا تَوْكِيلٌ فِي بَيْعِهِ وَعَرْضُهُ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ .

(**بقوله : « نقضت الوصية »** ، **أو « أبطلتها »** ، **أو « رجعت فيها »** ، **أو « نسختها »**)[1] وكذا أزلتها ، ورددتها ، ودفعتها ونحوها من الصرائح ، (**أو**) قال : (« **هـٰذا لوارثي** ») بعد موتي ، أو (هو ميراث عني) لأنه لا يكون للوارث إلا وقد ردّه إلىٰ نفسه فهو كقوله : (رددته) .

(**و**) يحصل (**ببيعٍ**) وإن فسخ في زمن الخيار ، (**وإعتاق وإصداق**) ونحوه من التصرفات الناجزة اللازمة في الحياة بالإجماع ؛ كما نقله ابن المنذر ، ولأنه يدل على الإعراض عن الوصية .

(**وكذا هبة أو رهن مع قبض**) لزوال الملك في الأولىٰ ، وتعريضه للبيع في الثانية ، (**وكذا دونه في الأصحِّ**) لأنه عرضه لزوال الملك ، وذلك يدل على الإعراض عن الوصية ، **والثاني** : لا فيهما ؛ أما في الهبة . . فلأنه لم يؤثر في ملكه ، فكذا في رجوعه ، وأما الرهن . . فلأنه لا يزيل الملك بل هو نوع انتفاع ؛ كالاستخدام .

وإطلاقه قد يشمل : الهبة الفاسدة ، وفيها أوجه في « الحاوي » : **ثالثها** : إن أقبض . . كان رجوعاً ، وإلا . . فلا ، قال في « الكفاية » : وكلامه يفهم : طردها في الرهن الفاسد أيضاً[2] .

(**وبوصية بهـٰذه التصرفات**) أي : بالبيع وما بعده ؛ لإشعاره بالرجوع .

(**وكذا توكيل في بيعه وعرضُه عليه في الأصحِّ**) لأنه توسل إلىٰ أمر يحصل به الرجوع ، **والثاني** : لا ؛ لأنه قد لا يوجد ، هـٰذا كلُّه في الوصية بمعين ، أما إذا أوصىٰ بثلث ماله ثم تصرف فيما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما . . لم يكن رجوعاً ، ولو هلك جميع ماله . . لم تبطل الوصية ؛ لأن الثلث مطلقاً لا يختص بما عنده حال الوصية ، بل العبرة بما يملكه عند الموت .

---

(١) في (ز) : (أو رجعت فيها ، أو فسختها) .
(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٥) ، كفاية النبيه (١٢/ ٢٧٠) .

وَخَلْطُ حِنْطَةٍ مُعَيَّنَةٍ رُجُوعٌ ، فَلَوْ أَوْصَىٰ بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ فَخَلَطَهَا بِأَجْوَدَ مِنْهَا . . فَرُجُوعٌ ، أَوْ بِمِثْلِهَا . . فَلاَ ، وَكَذَا بِأَرْدَأَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَطَحْنُ حِنْطَةٍ وَصَّىٰ بِهَا ، وَبَذْرُهَا ، وَعَجْنُ دَقِيقٍ ، وَغَزْلُ قُطْنٍ ، وَنَسْجُ غَزْلٍ ، وَقَطْعُ ثَوْبٍ قَمِيصاً ، وَبِنَاءٌ وَغِرَاسٌ فِي عَرْصَةٍ . . رُجُوعٌ .

فَصْلٌ

[في الإيصاء وما يتبعه]

يُسَنُّ ٱلإِيصَاءُ بِقَضَاءِ ٱلدَّيْنِ ، ....

(وخلطُ حنطة معيَّنة رجوعٌ) سواء خلطها بمثلها أو أجود أو أردأ ؛ لتعذر التسليم بما أحدثه في العين .

(فلو أوصىٰ بصاع من صبرة) معينة (فخلطها بأجود منها . . فرجوع) لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها ، (أو بمثلها . . فلا) قطعاً ؛ فإنه لا يحدث تغييراً ؛ إذ لا فرق بين المثلين .

(وكذا بأردأ في الأصحِّ) لأن التغيير عيبه بالنقص ، فأشبه تعييب الموصىٰ به ، أو إتلاف بعضه ، **والثاني** : رجوع ؛ لأنه غيَّر الموصىٰ به عما كان ، فأشبه الخلط بالأجود ، وهـٰذا ما أورده القاضي أبو الطيب ونسبه إلىٰ عامة الأصحاب ، واختاره الإمام ، ولم ينسب الشيخان ما رجحاه لأحد[1] .

(وطحنُ حنطة وصَّىٰ بها ، وبذرُها ، وعجن دقيق ، وغزل قطن ، ونسج غزل ، وقطع ثوب قميصاً ، وبناء وغراس في عرصة . . رجوع) لزوال الاسم ، وإشعاره بالإعراض .

* * *

(**فصل** : يسن الإيصاء بقضاء الدين) لأنه إذا شرع له الوصية في حق غيره . . فحاجة نفسه أولىٰ ، وهـٰذا في الدين الذي لا يعجز عن وفائه في الحال ، أما الذي يعجز عن وفائه في الحال . . فالوصاية به واجبة ؛ كما قاله في « الروضة » ، وكذا

---

(١) نهاية المطلب (١١/٣٣٩) ، الشرح الكبير (٧/٢٦٦) ، روضة الطالبين (٦/٣٠٩) .

وَتَنْفِيذِ ٱلْوَصَايَا ، وَٱلنَّظَرِ فِي أَمْرِ ٱلْأَطْفَالِ . وَشَرْطُ ٱلْوَصِيِّ : تَكْلِيفٌ ، وَحُرِّيَّةٌ ، وَعَدَالَةٌ ، وَهِدَايَةٌ إِلَى ٱلتَّصَرُّفِ ٱلْمُوصَىٰ بِهِ ، وَإِسْلَامٌ ، لَـٰكِنِ ٱلْأَصَحُّ : جَوَازُ وَصِيَّةِ ذِمِّيٍّ إِلَىٰ ذِمِّيٍّ . . . .

الإيصاء برد المظالم واجب ، وقد اعترض في « الروضة » على الرافعي على اقتصاره فيه على الاستحباب[1] .

(وتنفيذِ الوصايا) أي : يسن أن يوصي بتنفيذ وصاياه إن أوصىٰ بشيء ، (والنّظرِ في أمر الأطفال) أي : يسن أيضاً . وإن كان القياس منعه ؛ لانقطاع سلطنة الموصي وولايته بالموت ، لكن الدليل قام علىٰ جوازه ؛ فروىٰ سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال : أوصىٰ إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم : عثمان والمقداد وعبد الرحمـٰن بن عوف وابن مسعود[2] ؛ فكان يحفظ أموالهم ، وينفق عليهم من ماله ، ولم يعرف لهم مخالف .

(وشرط الوصي : تكليف) لأن غيره مولّىً عليه ، فكيف يلي أمر غيره ؟! (وحرية) لأن الرقيق مشغول بسيده ، والوصاية تستدعي فراغاً ، وسواء عبده وعبد غيره ، وسواء القن والمكاتب والمبعّض ، (وعدالة) فلا تجوز إلىٰ فاسق بالإجماع ؛ لأنها ولاية وائتمان .

(وهداية إلى التصرف الموصىٰ به) فلا تصحُّ إلىٰ من لا يهتدي إليه ؛ لسفه أو مرض أو هرم أو تغفل ؛ إذ لا مصلحة في تولية مَنْ هـٰذا حاله ، (وإسلام) فلا تصحُّ وصاية مسلم إلىٰ كافر ؛ لتهمته ، قال الله تعالىٰ : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ﴾ الآية .

(لكن الأصحُّ : جواز وصية ذمي إلىٰ ذمي) بشرط كونه عدلاً في دينه ؛ كما يجوز أن يكون وليّاً لأولاده ، **والثاني** : المنع ؛ كشهادته .

ويشترط أيضاً : ألاّ يكون الوصي عدوّاً للطفل ؛ كما حكاه الرافعي عن الروياني وآخرين ، وإنهم حصروا الشرائط بلفظ مختصر فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣١١) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٦٧) .

(٢) أخرجه البيهقي في « السنن الكبرىٰ » (٦/ ٢٨٢) .

وَلاَ يَضُرُّ ٱلْعَمَىٰ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلاَ تُشْتَرَطُ ٱلذُّكُورَةُ ، وَأُمُّ ٱلأَطْفَالِ أَوْلَىٰ مِنْ غَيْرِهَا . وَيَنْعَزِلُ ٱلْوَصِيُّ بِٱلْفِسْقِ ، وَكَذَا ٱلْقَاضِي فِي ٱلأَصَحِّ ، لاَ ٱلإِمَامُ ٱلأَعْظَمُ . وَيَصِحُّ ٱلإِيصَاءُ بِقَضَاءِ ٱلدَّيْنِ . وَتَنْفِيذُ ٱلْوَصِيَّةِ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ ، ....

تقبل شهادته على الطفل[1] . ونقض بالذمي ؛ فإنه يوصي إلى الذمي ولا تقبل شهادته عليه .

وفي وقت اشتراط الشروط المذكورة أوجه : **أصحها** : حالة الموت .

(**ولا يضر العمىٰ في الأصحِّ**) لأنه من أهل الشهادة ؛ كالبصير ، ويوكل فيما لا يمكنه ، **والثاني** : يضر ؛ لأنه لا يصحُّ بيعه وشراؤه بنفسه ، فلا يفوّض إليه أمر غيره .

(**ولا تشترط الذكورة**) بالإجماع ، وقد أوصىٰ عمر رضي الله عنه إلى ابنته حفصة رضي الله عنها ؛ كما أخرجه أبو داوود[2] .

(**وأم الأطفال أولىٰ من غيرها**) إذا حصلت الشروط فيها ؛ لأنها أكثر شفقة .

(**وينعزل الوصي بالفسق**) لزوال الشرط ، وفي معناه : قيم الحاكم ، (**وكذا القاضي في الأصحِّ**) لزوال الشرط ، **والثاني** : لا ؛ كالإمام .

(**لا الإمام الأعظم**) لتعلق المصالح الكلية بولايته ، بل تجوز تولية الفاسق ابتداء إذا دعت إليه ضرورة ، **وقيل** : ينعزل ، ونقل المَحاملي في (الأقضية) من « المجموع » الاتفاق عليه ، سوىٰ شذوذ من أصحاب الحديث ، وصوّبه في « المطلب » ، **واقتضىٰ كلامه** : تفرد الرافعي بترجيح عدم الانعزال[3] .

(**ويصحُّ الإيصاء بقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية من كلِّ حرٍّ مكلّف**) لما سبق أول الباب[4] ، **وكلامه يفهم** : أن السفيه إذا صححنا وصيته بالمال . . أن له تعيين شخص

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٢٦٩) .

(٢) سنن أبي داوود (٢٨٧٨) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٢٧١) .

(٤) و(تنفيذ) بـ(الياء) مصدراً ، هو ما في أكثر النسخ ؛ كـ(المحرر) وغيره ، وحُكي عن خطِّه حذف (الياء) مضارعاً ، وادعىٰ كثير أن الأُولىٰ أَولىٰ ؛ إذ يلزم الثانية التكرار المحض ؛ لأنه قدم الوصية بقضاء الدين أول الفصل ، وحذف بيان ما ينفذ فيه ومخالفة أصله ، وفيه نظر ؛ لأن الجارّ والمجرور =

وَيُشْتَرَطُ فِي أَمْرِ ٱلْأَطْفَالِ مَعَ هَـٰذَا : أَنْ يَكُونَ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَيْهِمْ . وَلَيْسَ لِوَصِيٍّ إِيصَاءٌ ، فَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِيهِ . . جَازَ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلَوْ قَالَ : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَىٰ بُلُوغِ ٱبْنِي أَوْ قُدُومِ زَيْدٍ ، فَإِذَا بَلَغَ أَوْ قَدِمَ فَهُوَ . . . .

لتنفيذها ، قال السبكي : ولم أر فيه إلا ما اقتضاه هـٰذا الكلام ، وهو محتمل ، ومنعه أيضاً يحتمل فيَلِيهِ الحاكم . انتهىٰ ، وقال في « المطلب » : ينبغي إضافة الرشد إلى الشرطين المذكورين .

(**ويشترط في أمر الأطفال**) والمجانين (**مع هـٰذا**) أي : مع الحرية والتكليف (**أن يكون له ولاية عليهم**) مبتدأة من الشرع لا بتفويض ، فتثبت الوصاية عليهم للأب والجد وإن علا دون غيرهما من الأقارب ، ويخرج الوصي والقيم ، وكذا الأب والجد إذا نصبهما الحاكم في مال من طرأ سفهه ؛ لأنه وليه الحاكم دونهما **على الأصحِّ** ، ويخرج الأم أيضاً **على المذهب** .

(**وليس لوصيّ إيصاءٌ**) كالوكيل (**فإن أُذن له فيه . . جاز في الأظهر**) كالوكيل يوكل بالإذن ، **والثاني** : لا ؛ لبطلان إذنه بالموت .

وصورة **الإذن** : أن يضيف إليه بأن يقول : (أوصِ بتركتي) ونحوه ، أما إذا قال : (أوص لمن شئت) أو (إلىٰ فلان) ولم يضف إلىٰ نفسه . . لم يوص عنه **على الأصحِّ** عند البغوي وأقرّاه[1] .

ومحلُّ الخلاف : فيما إذا أذن له أن يوصي عن نفسه ، أما إذا أذن له أن يوصي عن الموصي . . صحّ قطعاً ، حكاه في « البيان » عن ابن الصباغ ، ونقله ابن الرفعة عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والروياني في (كتاب الوكالة) ، قال : وكلام الرافعي مصرح بأن الخلاف في الثانية[2] .

(**ولو قال : « أوصيت إليك إلىٰ بلوغ ابني أو قدوم زيد ، فإذا بلغ أو قدم . . فهو**

= متعلق بـ(يصح) أيضاً فلا تكرار . اهـ « نهاية المحتاج » (٦/ ١٠٣) .
وقال ابن الفركاح : ينبغي أن يقرأ (تنفيذ) بزيادة (ياء) بين (الفاء) و(الذال) كما هو في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » . اهـ « النجم الوهاج » (٦/ ٣٣٠) .

(١) التهذيب (٥/ ١١٠ـ ١١١) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٧٤) ، روضة الطالبين (٦/ ٣١٤) .
(٢) البيان (٨/ ٣١١) ، كفاية النبيه (١٢/ ١٣٥) .

ٱلْوَصِيُّ). . جَازَ . وَلاَ يَجُوزُ نَصْبُ وَصِيٍّ وَٱلْجَدُّ حَيٌّ بِصِفَةِ ٱلْوِلاَيَةِ ، وَلاَ ٱلإِيصَاءُ بِتَزْوِيجِ طِفْلٍ وَبِنْتٍ . وَلَفْظُهُ : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ) ، أَوْ (فَوَّضْتُ) ، وَنَحْوُهُمَا . وَيَجُوزُ فِيهِ ٱلتَّوْقِيتُ وَٱلتَّعْلِيقُ . . . .

الوصي ». . **جاز**) وكذا لو قال : (أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان) لأن الأب هو الموصي إليهما ، ولا يضر التعليق ؛ إذ الوصية تحتمل الأخطار والجهالات ، ولو قال : (أوصيت إليك ؛ فإذا نزل بك حادث الموت فقد أوصيت إلىٰ من أوصيت إليه) ، أو (فوصيُّك وصيي). . فباطلة **على الأظهر** ؛ لجهالة الموصىٰ إليه .

وكان ينبغي للمصنف : تأخير هـٰذا إلىٰ قوله : (ويجوز فيه التوقيت والتعليق) فإنه مثال له .

(**ولا يجوز**) للأب (**نصب وصي**) في أمر الأطفال (**والجدُّ حي بصفة الولاية**) لأن ولايته ثابتة بالشرع ؛ كولاية التزويج ، **وقيل** : يجوز ؛ لأنه أولىٰ من الجد ، فكذا نائبه .

واحترز بـ(**صفة الولاية**) : عما إذا كان غير أهل ؛ لفسق ونحوه. . فإنه يجوز ، فلو تأهل للولاية بعد الموت. . قال الأَذْرَعي : **فالقياس** : انعزال الوصي .

(**ولا الإيصاء بتزويج طفل وبنت**) مطلقاً مع وجود الجد وعدمه وعدم الأولياء ؛ لأن البالغين لا وصاية في حقهم ، والصغائر لا يزوجهم غير الأب والجد .

(**ولفظه**) أي : لفظ الإيصاء كما قاله في « المحرر »[1] (« **أوصيت إليك** » **أو** « **فوضت** ») إليك[2] (**ونحوهما**) كـ(أقمتك مقامي في أمر أولادي بعد موتي) ، هـٰذا في الناطق ، أما الأخرس. . فتكفي إشارته المفهمة وكتابته .

(**ويجوز فيه**) أي : في الإيصاء (**التوقيت**) كـ(أوصيت إليك سنة) ، أو (إلىٰ بلوغ ابني) ، (**والتعليق**) كـ(إذا مت. . فقد أوصيت إليك) لأنها تحتمل الأخطار والجهالات .

---

(١) قال ابن الملقن [٣/١١٠٩] : أي : لفظ الموصي ، وهو خلاف قول « الروضة » و« أصلها » : (ولا بدَّ في الوصاية من الإيجاب ؛ بأن يقول : أوصيت إليك. . .) إلىٰ آخره . اهـ هامش (أ) .

(٢) المحرر (ص٢٧٦) .

وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَا يُوصِي فِيهِ ـ فَإِنِ ٱقْتَصَرَ عَلَىٰ : (أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ) . . لَغَا ـ وَٱلْقَبُولُ ، وَلاَ يَصِحُّ فِي حَيَاتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ وَصَّى ٱثْنَيْنِ . . لَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا . . . .

(**ويشترط : بيان ما يوصي فيه**) كـ(أوصيت إليك في قضاء ديوني) ، و(تنفيذ وصيتي) ، و(التصرف في مال أطفالي) ، ومتىٰ خصص وصايته بحفظ ونحوه . . اتبع ، أو عمم . . اتبع ، وإن أطلق ؛ بأن قال : (أوصيت إليك في أمري) ، أو (أمر أطفالي) ولم يذكر التصرف . . **ظاهر كلام المصنف** : أنه لا يصحُّ ، والمصحَّح في « الروضة » : الصحة ، ويتصرف ونقله الرافعي عن المتولي وأقرّه[1] ، **وقيل** : إن له الحفظ فقط ، وجزم به في « الحاوي الصغير »[2] .

(**فإن اقتصر علىٰ : « أوصيت إليك » . . لغا**) كما لو قال : (وكلتك) ولم يبين ما وكل فيه .

(**و**) يشترط (**القبول**) لأنها عقد تصرف ، فأشبهت الوكالة .

وقضية كلامه : اشتراطه لفظاً ، لكن في « الروضة » و« أصلها » : وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله ؟ وجهان ، وكلُّ هـٰذا مأخوذ من الوكالة . انتهىٰ[3] .

وهو قد يقتضي ترجيح عدم الاشتراط ، وبه جزم القفال في « فتاويه » ، كما نقله الأَذْرَعي .

(**ولا يصحُّ**) القبول (**في حياته في الأصحِّ**) لأنه لم يدخل وقت التصرف ؛ كالوصية له بالمال ، **والثاني** : يصحُّ ؛ كالوكالة ، والرد في حياة الموصي علىٰ هـٰذا الخلاف .

(**ولو وصى اثنين**)[4] بأن قال : (أوصيت إليكما) ، كما قالاه في « الشرح » و« الروضة »[5] (**لم ينفرد أحدهما**) تنزيلاً على الأخذ بالأقل والأحوط ، وهو الاجتماع ، وقد يكون أحدهما أوثق والآخر أحذق .

---

(١) روضة الطالبين (٦/٣١٦) ، الشرح الكبير (٧/٢٧٨) .
(٢) الحاوي الصغير (ص٤٣٧) .
(٣) روضة الطالبين (٦/٣١٦) ، الشرح الكبير (٧/٢٧٧) .
(٤) في (ز) : (إلى اثنين) ، وفي (هـ) و(و) : (لاثنين) .
(٥) الشرح الكبير (٧/٢٧٩) ، روضة الطالبين (٦/٣١٨) .

إِلاَّ إِنْ صَرَّحَ بِهِ . وَلِلْمُوصِي وَٱلْوَصِيِّ ٱلْعَزْلُ مَتَىٰ شَاءَ . وَإِذَا بَلَغَ ٱلطِّفْلُ وَنَازَعَهُ فِي ٱلإِنْفَاقِ عَلَيْهِ . . صُدِّقَ ٱلْوَصِيُّ ، . . . .

قال الشيخ عز الدين : **وهو مشكل** ؛ لما فيه من مخالفة الظاهر الحقيقي حملاً علىٰ مجاز بعيد لم يدل عليه لفظ الإذن .

وإذا قلنا : باشتراط اجتماعهما . . قال الإمام : فليس المراد : تلفظهما بالعقد معاً ، وإنما صدوره عن رأيهما وإن باشره أحدهما ، أو غيرهما بأمرهما[1] .

ومحلُّ وجوب الاجتماع : في أمر الأطفال وأموالهم ، وتفرقة الوصايا غير المعينة ، وقضاء دين ليس في التركة جنسه ، أما ردُّ الودائع والمغصوب والعواري ، وتنفيذ وصية معينة ، وقضاء دين في التركة جنسه . . ففي « التهذيب » وغيره : لكل الانفراد ؛ فإن لصاحبه الاستقلال بأخذه[2] .

قال الرافعي ما معناه : إن هـٰذا واضح في وقوع المدفوع موقعه ، وعدم نقضه ، وأما جواز الإقدام على الانفراد . . فليس واضحاً ؛ فإنهما لم يتصرفا إلا بالوصاية ، فليكن بحسبها ، قال : وفي كلامهم ما هو كالصريح فيما ذكرته ، فلتجيء فيه الأحوال المذكورة في سائر **التصرفات** ؛ أي : من إطلاق أو تصريح ، باجتماع أو انفراد[3] .

(**إلا إن صرح به**) فيجوز الانفراد عملاً بالإذن ؛ كالوكالة .

(**وللموصي والوصيّ العزلُ متىٰ شاء**) كالوكالة ، **ويستثنىٰ** : ما إذا تعين عليه أو غلب علىٰ ظنه تلف المال باستيلاء ظالم ، قاله في « زيادة الروضة »[4] ، وسبقه إليه ابن الصلاح وابن عبد السلام وصرح بأنه لا يصحُّ عزله .

وصورة المسألة : إذا خلا ذلك عن العوض ، قال الماوردي : وقد يكون بعوض إجارة فتلزم[5] .

(**وإذا بلغ الطفل ونازعه في الإنفاق عليه . . صُدِّق الوصي**) بيمينه ، وكذا قيّم

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٣٦٢) .

(٢) التهذيب (٥/ ١٠٩) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٢٧٩) .

(٤) روضة الطالبين (٦/ ٣٢٠) .

(٥) الحاوي الكبير (١٠/ ٢١٠) .

أَوْ فِي دَفْعٍ إِلَيْهِ بَعْدَ ٱلْبُلُوغِ . . صُدِّقَ ٱلْوَلَدُ .

الحاكم ؛ لأنه أمين ، **وقيل** : لا تقبل منه إلا ببينة ؛ كما في دعوى البيع بالمصلحة .

وفرق الأول : بأن هنا تتعذر عليه إقامة البينة ، بخلاف البيع ، وهـٰذا لا يختص بالطفل ، فالمجنون بعد إفاقته والسفيه بعد رشده . . كذلك .

وأفهم كلامه : تصديق الأب والجد من باب أولىٰ .

(**أو في دفع إليه بعد البلوغ**) والرشد (. . **صدق الولد**) بيمينه ؛ لأنه لا تعسر إقامة البينة عليه .

قيل : وهـٰذه مكررة ؛ فقد ذكرها في (الوكالة) ، **وردّ** : بأن تلك في القيّم المنصوب من جهة الحاكم ، وهـٰذه في الوصي .

* * *

كتاب الوديعة

مَنْ عَجزَ عَنْ حِفْظِهَا . . حَرُمَ عَلَيْهِ قَبُولُهَا ، وَمَنْ قَدرَ وَلَمْ يَثِقْ بِأَمَانَتِهِ . . كُرِهَ ، . . . .

(كتاب الوديعة)

الوديعة **لغةً** : الشيء الموضوع عند غير صاحبه للحفظ ، يقال : أودعه : إذا دفعه إليه وقرره في يده أمانةً ، **وشرعاً** : تطلق على المال نفسه ، وعلى العقد المقتضي للاستحفاظ ، ويصحُّ حملُ الترجمة علىٰ كلٍّ منهما ، **وعلى الثاني** : **فحقيقتها شرعاً** : توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص علىٰ وجه مخصوص ؛ ليدخل : النجاسة المنتفع بها ، ويخرجَ : العين في يد الملتقط وما تطيّره الريح إلىٰ داره ونحوه ؛ فإنّ الائتمان فيها من جهة الشرع لا من المالك .

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ ﴾ وقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ ، وهي وإن نزلت في رد مفاتيح الكعبة إلىٰ عثمان بن طلحة . . فهي عامة في جميع الأمانات[1] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « أَدِّ ٱلأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنِ ٱئْتَمَنَكَ ، وَلاَ تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » حسنه الترمذي ، وصححه الحاكم علىٰ شرط مسلم[2] ، ولأن بالناس ضرورةً إليها .

(**من عَجَز عن حفظها . . حرم عليه قبولها**) لأنه يعرضها للتلف ، واعتبر في « الحاوي » و« المهذب » للتحريم مع العجز : عدمَ الوثوق بأمانة نفسه[3] .

(**ومن قَدَر ولم يثق بأمانته . . كره**) ، **المراد** : من هو في الحال أمين ولكن يخاف الخيانة في ثاني الحال ، ولا يلزم منه الفسق ؛ فقد يخشى الأمين الخيانة .

وجزمه بالكراهة : لا يطابق كلام « المحرر » ؛ فإنه قال : لا ينبغي أن يقبل ،

---

(١) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٩٨٥١) .

(٢) سنن الترمذي (١٢٦٤) ، المستدرك (٢/ ٤٦) ، وأخرجه أبو داوود (٣٥٣٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) المهذب (١/ ٤٧١) ، الحاوي الكبير (١٠/ ٣٨٦) .

وأطلقا في « الشرح » و« الروضة » وجهين بلا ترجيح : **أحدهما** : يحرم ، **والثاني** : يكره[1] .

نعم ؛ ما ذكره المصنف ظاهر ؛ لأجل الشك في حصول المفسدة .

قال صاحب « المطلب » : **ويظهر** : أن هـٰذا كلَّه فيما إذا أراد قبولها من غير اطلاع المالك على الحال ، أما إذا أطلعه فرضي بذلك . . فلا تحريم ولا كراهة ، قال : وكذا محلُّ ذلك إذا لم يتعين القبول ، أما إذا تعين . . فقد نقول عند الخوف به أيضاً ؛ كما في ولاية القضاء . انتهىٰ .

وصرح ابن يونس في « المحيط » : بالقيد الأول ، **وفيه نظر** ، **والوجه** : تحريمه عند العجز عليهما ، أما على المالك : فلإضاعته مالَه ، وأما على المودع : فلإعانته علىٰ ذلك .

(**فإن وَثِق**) بأمانة نفسه وقدرته علىٰ حفظها (. . **استحب**) لأنه من التعاون المأمور به .

هـٰذا إذا لم يتعين ، فإن لم يكن غيره . . وجب ، قال الرافعي : وهو محمول علىٰ أصل القبول ؛ كما بينه السَّرَخْسي ، دون إتلاف منفعة نفسه وحرزِه مجّاناً[2] ، قال الزركشي : **وهو يفهم** : جواز أخذ الأجرة عليها في هـٰذه الصورة ، لكن صرح الفارقي وابن أبي عصرون : بأنه لا يجوز له في هـٰذه الحالة أخذ أجرة على الحفظ ؛ لأنه صار واجباً عليه ، ويجوز له أخذ أجرة مكانَها .

قال ابن الرفعة : وللخلاف التفات في بنائه على الخلاف فيما إذا تعيّن عليه إنقاذ غريق فشرط عليه أجرة . . هل يستحقها ؟ ، أو تعيّن عليه تعليم الفاتحة فأصدقها إياها . . هل يصحُّ ؟ **والصحيح فيها** : نعم .

(**وشرطهما**) أي : المودِع والمودَع (**شرط موكِّل ووكيل**) لأنها استنابة في الحفظ .

---

(١) المحرر (ص٢٧٨) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٨٧) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٤) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢٨٧) .

وَيُشْتَرَطُ صِيغَةُ ٱلْمُودِعِ ؛ كـ(ٱسْتَوْدَعْتُكَ هَـٰذَا) ، أَوِ (ٱسْتَحْفَظْتُكَ) ، أَوْ (أَنَبْتُكَ فِي حِفْظِهِ) . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلْقَبُولُ لَفْظاً ، وَيَكْفِي ٱلْقَبْضُ . وَلَوْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالاً . . لَمْ يَقْبَلْهُ ، فَإِنْ قَبِلَ . . ضَمِنَ . . . .

(**ويشترط : صيغة المودِع ؛ كـ« استودعتك هـٰذا » ، أو « استحفظتك » ، أو « أنبتك في حفظه »**) ونحوها ؛ كـ(أودعتك) ، و(هو وديعة عندك) ، و(احفظه) ، **وهي صرائح ، وتنعقد بالكناية مع النية** ؛ كـ(خذه) .

وهـٰذا كلُّه في الناطق ، أما الأخرس . . فتكفي إشارته المفهمة .

(**والأصحُّ : أنه لا يشترط القبول لفظاً ، ويكفي القبض**) كما في الوكالة .

نعم ؛ يشترط عدم الرد ؛ كما قاله البغوي(١) ، **والثاني** : يشترط ؛ بناءً علىٰ أنها عقد ، **والثالث** : يفرق بين صيغة الأمر ؛ كـ(احفظه) ، والعقد ؛ كـ(أودعتك) كما في الوكالة .

وبنى المتولي الخلاف علىٰ أن النظر في العقود إلى اللفظ والمعنىٰ .

وقوله : (ويكفي القبض) قد يفهم : أنه لا بدَّ في المنقول من النقل ، والذي في « التهذيب » : أنه لو جاء به فقال : (هـٰذا وديعتي) أو (احفظه) ، فقال : (قبلت) أو قال : (ضعه) . . كان إيداعاً(٢) ، وقال المتولي : لا يكون إيداعاً ما لم يقبضه ، وفي « فتاوى الغزالي » : أنه إن كان الموضع في يده فقال : (ضعه) . . دخل المال في يده ؛ لحصوله في الموضع الذي هو في يده ، وإن لم يكن ؛ بأن قال : (انظر إلىٰ متاعي في دكاني) ، فقال : (نعم) . . لم يكن وديعة(٣) .

(**ولو أودعه صبي أو مجنون مالاً . . لم يقبله**) لأن إيداعهما كالعدم ، (**فإن قبل . . ضمن**) إذا قبض ؛ لعدم الإذن المعتبر ؛ كالغاصب ، ولا يبرأ إلا بالردِّ علىٰ وليه .

ويستثنىٰ من تضمينه : صورتان : إحداهما : لو خاف هلاكه فأخذه حِسْبة صوناً له . . لم يضمنه **في الأصحِّ** ، **الثانية** : لو أتلف الصبي وديعةَ نفسِه بلا تسليط من المودع

---

(١) التهذيب (٥/١١٦) .

(٢) التهذيب (٥/١١٦) .

(٣) فتاوى الغزالي (ص٢٠٠ـ ٢٠١) .

وَلَوْ أَوْدَعَ صَبِيّاً مَالاً فَتَلِفَ عِنْدَهُ.. لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ.. ضَمِنَ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَٱلْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِسَفَهٍ كَصَبِيٍّ . وَتَرْتَفِعُ بِمَوْتِ ٱلْمُودِعِ أَوِ ٱلْمُودَعِ وَجُنُونِهِ وَإِغْمَائِهِ . . .

عنده.. قال ابن الرفعة : **فالظاهر** : براءته لأن فعل الصبي لا يمكن إحباطه ، وتضمينه مالَ نفسه محال ، فتعين البراءة . انتهىٰ ، وبه صرح الرافعي في (الجراح) قبيل الفصل الثاني في المماثلة[١] .

(**ولو أودع صبيّاً**) أو مجنوناً (**مالاً فتلف عنده**) ولو بتفريط (.. **لم يضمن**) إذ ليس عليه حفظه ، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ .

(**وإن أتلفه.. ضمن في الأصحِّ**) لأنه لم يسلطه علىٰ إتلافه ، وهو من أهل الضمان ، **والثاني** : لا ؛ كما لو باعه شيئاً وسلمه إليه .

وفرق الأول : بأن البيع إذن في الاستهلاك ، بخلاف الإيداع .

وخصص بعضهم الخلاف : بغير القتل ، وقال : لو كان عبداً فقتله.. ضمن قطعاً ، قال الأَذْرَعي : فإن صحَّ هـٰذا.. جاء مثله في كلِّ ما لا يؤكل من الحيوان . انتهىٰ .

وذكر الشيخان في فوائد الخلاف : أن الوديعة إن قلنا : عقد.. لم يضمن الصبي ، أو مجردُ ائتمان.. ضمن ، قالا : **والموافق لإطلاق الأكثرين** : أنها عقد . انتهىٰ[٢] .

وقضيته : تصحيح عدم الضمان عكسَ المرجح هنا .

(**والمحجور عليه بسفه كصبي**) في جميع ما مر في إيداعه والأخذِ منه والإيداع عنده وعدم تضمينه بالتلف عنده ، وكذا تضمينه بإتلافه ؛ كما صرح به الماوردي[٣] ؛ لما سبق من التوجيه .

(**وترتفع بموت المودِع أو المودَع وجنونه وإغمائه**) لأنها وكالة في الحفظ ، وهـٰذا حكم الوكالة ، وترتفع أيضاً : بطريان حجر السفه ؛ كما قاله في « الحاوي »

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٣٢٤) ، الشرح الكبير (١٠/ ٢٢١) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٠) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٦) .
(٣) الحاوي الكبير (١٠/ ٤١٧) .

وَلَهُمَا ٱلاسْتِرْدَادُ وَٱلرَّدُّ كُلَّ وَقْتٍ .وَأَصْلُهَا : ٱلأَمَانَةُ ، وَقَدْ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِعَوَارِضَ : مِنْهَا : أَنْ يُودِعَ غَيْرَهُ بِلاَ إِذْنٍ وَلاَ عُذْرٍ ، فَيَضْمَنُ ، وَقِيلَ : إِنْ أَوْدَعَ ٱلْقَاضِيَ . . لَمْ يَضْمَنْ . وَإِذَا لَمْ يُزِلْ يَدَهُ عَنْهَا . . جَازَتِ ٱلاِسْتِعَانَةُ بِمَنْ يَحْمِلُهَا إِلَى ٱلْحِرْزِ أَوْ يَضَعُهَا فِي خِزَانَةٍ مُشْتَرَكَةٍ . وَإِذَا أَرَادَ سَفَراً . . فَلْيَرُدَّ إِلَى ٱلْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ ، . . . .

و« الشامل » و« البيان »[1] ، وبعزل المالك ، وبالجحود المضمن ، وبكل فعل مضمن ، وبالإقرار بها لآخر ، وبنقل الملك فيها ببيع ونحوه .

(**ولهما الاسترداد والرد كلَّ وقت**) أي : للمودِع أن يسترده متىٰ شاء ؛ لأنه المالك ، وللمودَع الردُّ كذلك ؛ لأنه متبرع بالحفظ .

(**وأصلها : الأمانة**) فلو تلفت بلا تفريط . . لم يضمن ؛ لأن الله تعالىٰ سماها أمانة ، والضمان ينافيه ، ولأن المودَع يحفظها للمالك ، فيدُه كيده ، ولو ضمن المودَع . . لرغب الناس عن قبول الودائع .

(**وقد تصير مضمونة بعوارضَ ؛ منها : أن يودع غيره بلا إذن ولا عذرٍ ، فيضمن**) لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ولا يدِه ، (**وقيل : إن أودع القاضي . . لم يضمن**) لأن أمانة القاضي أظهر من أمانته ، **والصحيح** : الضمان ؛ لأنه مع حضور المالك أو وكيله لا ولاية للقاضي عليه ، وفي غيبتهما لا ضرورة بالمودع ، ولم يرض المالك بيد غيره .

(**وإذا لم يُزِل يده عنها . . جازت الاستعانة بمن يحملُها إلى الحرز**) ولو أجنبيّاً ، (**أو يضعُها في خِزانة مشتركة**) بينه وبين المعين ؛ كما لو كانت خزانته وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة المشتركة ؛ لجريان العادة به ؛ كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها .

وكان حقه أن يقول : (وإذا لم يزل يده عنها ولا نظرَه) كما صرح به ابن سُرَيج ، قال الرافعي : وتابعوه[2] .

(**وإذا أراد سفراً**) وإن قَصُر (. . **فليرد إلى المالك أو وكيله**) المطلق ، أو في

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٤١٧) ، البيان (٦/ ٤٧٥) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٣) .

فَإِنْ فَقَدَهُمَا . . فَٱلْقَاضِي ، فَإِنْ فَقَدَهُ . . فَأَمِينٌ . فَإِنْ دَفَنَهَا بِمَوْضِعٍ وَسَافَرَ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ أَعْلَمَ بِهَا أَمِيناً يَسْكُنُ ٱلْمَوْضِعَ . . لَمْ يَضْمَنْ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

استرداد هاذه خاصةً ؛ ليخرج من العهدة ، (فإن فقدهما) لغَيبة ونحوها (. . فالقاضي) لأنه نائب عن كلِّ غائب ، ويلزمه القبول **على الأصحِّ** ، وكذا الإشهاد علىٰ نفسه بقبضها ، قاله الماوردي[1] ، وهاذا في القاضي الأمين ؛ كما نقله الأَذْرَعي عن تصريح الأصحاب ، (فإن فقده . . فأمين) لئلا يتضرر بتأخير السفر ، وهل يجب عليه الإشهاد على الأمين ؟ فيه وجهان في « الكفاية » بلا ترجيح ، قال ابن الملقن : ويظهر : ترجيح الوجوب ؛ لأن الأمين قد ينكر[2] .

ولو ترك هاذا الترتيب . . ضمن .

(فإن دفنها بموضع وسافر . . ضمن) ولو كان حرزاً ؛ لأنه عرّضها للأخذ ، (فإن أعلم بها أميناً يسكن الموضع) وهو حرز مثلها (. . **لم يضمن في الأصحِّ**) لأن ما في الموضع في يد ساكنه ، فكأنه أودعه إياه ، **والثاني** : يضمن ؛ لأن ذلك إعلام لا إيداع ؛ لعدم التسليم .

وهل هاذا الإعلام سبيله سبيل الإشهاد حتىٰ يجب إعلام رجلين حضرا الدفن أو رجلٍ وامرأتين ، أو سبيل الائتمان فيكفي إعلام امرأة لم تحضره ؟ وجهان ؛ **أصحهما** : الثاني .

وقوله : (يسكن الموضع) ليس بقيد ؛ فإنّ مراقبتها من الجوانب أو من فوقُ مراقبةَ الحارس . . كذلك ؛ كما نقلاه عن الإمام ، وأقراه[3] .

وصورة المسألة ؛ كما قاله المصنف في « نكت التنبيه » ، واقتضاه كلام « الشرح » و« الروضة » ونقله ابن الرفعة عن الأكثرين : عند فقد الحاكم[4] ، فإن قدر عليه وقلنا : إذا لم يكن حاكم يضمن . . فهنا أولىٰ ، وإن قلنا : لم يضمن ؛ **كما هو**

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٣٩١) .
(٢) كفاية النبيه (١٠/ ٣٣٣) ، عجالة المحتاج (٣/ ١١١٤) .
(٣) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٥) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨) .
(٤) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٤ـ ٢٩٥) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٨) ، كفاية النبيه (١٠/ ٣٣٦ـ ٣٣٧) .

وَلَوْ سَافَرَ بِهَا . . ضَمِنَ إِلاَّ إِذَا وَقَعَ حَرِيقٌ أَوْ غَارَةٌ وَعَجَزَ عَمَّنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ كَمَا سَبَقَ . وَٱلْحَرِيقُ وَٱلْغَارَةُ فِي ٱلْبُقْعَةِ ، وَإِشْرَافُ ٱلْحِرْزِ عَلَى ٱلْخَرَابِ . . أَعْذَارٌ ؛ كَٱلسَّفَرِ . وَإِذَا مَرِضَ مَرَضاً مَخُوفاً . . فَلْيَرُدَّهَا إِلَى ٱلْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْحَاكِمِ أَوْ أَمِينٍ أَوْ يُوصِي بِهَا ، . . . .

المذهب . . فهي مسألة ما إذا أودع الأمينَ مع القدرة على الحاكم ، وفيها وجهان ؛ **وقضيته** : ترجيح التضمين .

(**ولو سافر بها . . ضمن**) لأن حرز السفر دون حرز الحضر ، هـٰذا إذا أودع حاضراً ، فإن أودع مسافراً فسافر بها ، أو منتجعاً فانتجع بها . . فإنه لا ضمان ؛ لأن المالك رضي بذلك حين أودعه مع العلم بحاله ، (**إلا إذا وقع حريق أو غارة وعجز عمن يدفعها إليه كما سبق**) أي : من المالك أو وكيله ثم الحاكم ثم أمين ؛ فإنه لا يضمن ؛ لقيام العذر ، ويلزمه السفر بها حينئذ ، وإلا . . كان مضيعاً لها .

وقضيته : أنه لا بدَّ في نفي الضمان من اجتماع الأمرين ؛ العذر المذكور ، والعجز عمن يدفعها إليه ، وليس كذلك ؛ فالعجز كافٍ ، فلو سافر بها عند العجز من غير عذر من حريق ونحوه . . لم يضمن **على الأصحِّ** ؛ لئلا ينقطع عن مصالحه وينفر الناس عن قبول الودائع .

(**والحريقُ والغارة في البقعة ، وإشرافُ الحرز على الخراب**) ولم يجد هناك حرزاً آخر ينقلها إليه (. . **أعذار ؛ كالسفر**) في جواز الإيداع كما سبق ؛ لظهور العذر .

والغارة لغةٌ قليلة ، **والأفصح** : الإغارة .

(**وإذا مرض مرضاً مَخُوفاً . . فليردها إلى المالك أو وكيله**) المطلق أو في قبضها ، (**وإلا**) أي : وإن لم يمكنه ردها إلىٰ أحدهما (. . **فالحاكمِ أو أمينٍ**) إن عجز عن الحاكم ، (**أو يوصي بها**) إلى الحاكم إن أمكنه ، أو إلىٰ أمين ؛ كما لو أراد سفراً .

وقيل : تكفي الوصية وإن أمكن الرد إلى المالك ، قال الزركشي : **وهو حسن** وسياق النص يشهد له ؛ لأن الأصل عدمُ الموت .

والمراد بالوصية بها : أن يعلم بها ويصفها بما تتميز به ، أو يشير إلىٰ عينها ويأمر الوصي بردها بعد موته من غير أن يخرجها من يده ، فإن سلّمها إلى الوصي ليردها . .

فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ . . ضَمِنَ ، إِلاَّ إِذَا لَمْ يَتَمَكَّنْ ؛ بِأَنْ مَاتَ فَجْأَةً . . . .

كان في حكم الإيداع ، ولا بدّ مع ذلك من الإشهاد علىٰ ما يفعله ؛ صوناً لها عن الإنكار ، حكاه الرافعي عن الغزالي وأقره ، وأسقطه من « الروضة » ، وجزم به في « الكفاية »[1] .

قال الأَذْرَعي : **والظاهر** : أن كلَّ حالة يعتبر فيها الوصية من الثلث مما سبق . . كالمرض المخُوف هـٰهنا ؛ فمن ذلك : الطلق ، والأسر ، والطاعون ، وهيجان البحر ؛ كما سبق بيانه ، وفي « الروضة » و« أصلها » هنا : أن الحبس ليقتل كالمرض المخوف[2] ، وهـٰذا قد يخالف كلامهم في الوصية ؛ حيث عدوا من المخوف التقدّمَ للقتل ، **فمقتضاه** : أن ما قبل ذلك من الحبس ليس بمخوف .

قال البُلْقيني : **ويمكن أن يفرق** : بأن وقتَ التقديم للقتل وقتُ دهشة ، فلو قلنا : له أن يؤخر الوصية إليه ثم تركها وضمناه . . لم يوف له بعذر الدهشة ، وإن قلنا : يؤخر ثم إذا ترك لا يضمن . . لكنا مضيعين لحق مالك الوديعة ، فمن أجل ذلك جُعِل وقتُ وصيته ما ذكره الأصحاب ، وأما كونه في هـٰذه الحالة لا يحسب تبرعه من الثلث . . فلأن بدنه صحيح ولم يغلب علىٰ ظنه حصول الهلاك ، بخلاف ما إذا قُدّم للقتل ؛ فإنه يغلب ذلك ، فكان تبرعه فيه من الثلث . انتهىٰ

(**فإن لم يفعل**) ما ذكر (. . ضمن) لتقصيره ؛ فإنه عرّضها للفوات ؛ إذ الوارث يعتمد يده ويدّعيها له ، وقيد ابن الرفعة ذلك : بما إذا لم يكن بالوديعة بينة باقية ؛ لأنها كالوصية[3] .

(**إلا إذا لم يتمكن ؛ بأن مات فجأة**) أو قُتل غِيلة ؛ لانتفاء التقصير[4] وهـٰذا الاستثناء منقطع ؛ فإنه لم يدخل في قوله : (وإذا مرض مرضاً مخوفاً) .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٧) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٢٩) ، كفاية النبيه (١٠/ ٣٣٧) .
(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣٢٩) ، الشرح الكبير (٧/ ٢٩٦) .
(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٣٣٨) .
(٤) ما أحسن قول الصُّعْلُوكي أبي سهل وقد سئل عن ذلك ؛ أعني : الضمان : لا إن مات عرضاً ، نعم إن مات مرضاً . اهـ هامش (أ) .

وَمِنْهَا : إِذَا نَقَلَهَا مِنْ مَحَلَّةٍ أَوْ دَارٍ إِلَىٰ أُخْرَىٰ دُونَهَا فِي ٱلْحِرْزِ . . ضَمِنَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ .
وَمِنْهَا : أَلاَّ يَدْفَعَ مُتْلِفَاتِهَا ، فَلَوْ أَوْدَعَهُ دَابَّةً فَتَرَكَ عَلْفَهَا . . ضَمِنَ ، فَإِنْ نَهَاهُ عَنْهُ . . فَلاَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . . . .

(ومنها : إذا نقلها من مَحَلّة) إلىٰ محلة (أو دار إلىٰ) دار (أخرىٰ دونها في الحرز . . ضمن) لأنه عرضها للتلف ، (وإلا . . فلا) أي : فإن تساويا في الحرز أو كان المنقول إليه أحرزَ . . لم يضمن ؛ لعدم التفريط .

نعم ؛ لو نهاه عن النقل . . ضمن وإن نقل إلىٰ أحرز ، وكذا لو تلف بسبب النقل ؛ كانهدام الدار المنقول إليها ؛ فإنه يضمن وإن كانت أحرز .

واحترز بقوله : (إلىٰ أخرىٰ) : عما إذا نقلها من بيت إلىٰ بيت في دار واحدة أو خانٍ واحد . . فإنه لا ضمان وإن كان الأولُ أحرزَ ؛ كما نقلاه عن « التهذيب » وأقراه ، وحكى الإمام فيه الاتفاق[1] .

وهـٰذا كلُّه فيما إذا أطلق الإيداع ، فإن أمره بالحفظ في موضع معين . . فسيأتي .

(ومنها : ألا يدفع متلِفاتها) مع المكنة ؛ لأنه يجب عليه دفعها على المعتاد ؛ لأنه من أصول حفظها ، (فلو أودعه دابة فترك علْفها) ـ بإسكان اللام ـ مدةً يموت مثلها فيها لتَرْكِ العَلْف (. . ضمن) سواء أمره به أو سكت عنه ؛ لتعدّيه ؛ فإنه يلزمه أن يعلفها لحق الله تعالىٰ ، وبه يحصل الحفظ الذي التزمه بقبولها ، وإن نقصت . . ضمن النقصان ، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات ، وإن ماتت قبل مضيها . . فلا ضمان إن لم يكن بها جوع سابق ، فإن كان وهو عالم به . . ضمن ، وإلا . . فلا على **الأصحِّ** .

والسقي كالعلف فيما ذكر .

(فإن نهاه عنه . . فلا على الصحيح) كما لو أذن في الإتلاف ، **والثاني** : يضمن ؛ لأنه لا حكم لنهيه عما أوجبه الشرع ؛ بدليل أنه أثم قطعاً .

هـٰذا إذا نهاه لا لعلة ، فإن كان لقُولَنْج أو تُخَمة . . لزمه امتثال نهيه ، فلو خالف وعلفها قبل زوال العلة فماتت . . ضمن .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٠١) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٣١) ، نهاية المطلب (١١/ ٣٨٦) .

فَإِنْ أَعْطَاهُ ٱلْمَالِكُ عَلَفاً . . عَلَفَهَا مِنْهُ ، وَإِلاَّ . . فَلْيُرَاجِعْهُ أَوْ وَكِيلَهُ ، فَإِنْ فُقِدَا . . فَٱلْحَاكِمَ ، وَلَوْ بَعَثَهَا مَعَ مَنْ يَسْقِيهَا . . لَمْ يَضْمَنْ فِي ٱلأَصَحِّ . وَعَلَى ٱلْمُودَعِ تَعْرِيضُ ثِيَابِ ٱلصُّوفِ لِلرِّيحِ ؛ كَيْلاَ يُفْسِدَهَا ٱلدُّودُ ، وَكَذَا لُبْسُهَا عِنْدَ حَاجَتِهَا . وَمِنْهَا : أَنْ يَعْدِلَ عَنِ ٱلْحِفْظِ ٱلْمَأْمُورِ بِهِ وَتَلِفَتْ بِسَبَبِ ٱلْعُدُولِ . . فَيَضْمَنُ ، . . . .

(**فإن أعطاه المالك علفاً**) بفتح اللام (. . **علفها منه ، وإلا . . فليراجعه أو وكيلَه**)[1] ليستردها أو يعطيَ علفها ، (**فإن فُقدا . . فالحاكمَ**) ليقترض عليه ، أو يبيع جزءاً منها ، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها ؛ كما في هرب الجمّال .

(**ولو بعثها مع من يسقيها . . لم يضمن في الأصحّ**) لأنه العادة ، وهو استنابة لا إيداع ، **والثاني** : يضمن ؛ لإخراجها من حرزها علىٰ يد من لم يأتمنه المالك .

ومحلُّ الخلاف : إذا كان المبعوث معه أميناً ولا خوفَ ، والمودع لا يخرج دوابه للسقي وعادتُه سقي دوابه بنفسه ؛ فمع غير الأمين والخوف **يضمن قطعاً** ، ومع إخراج دوابه للسقي أو كونه لا يسقي دوابه بنفسه **لا ضمان قطعاً** .

(**وعلى المودَع تعريض ثياب الصوف**) وما في معناها من شعر ووبر (**للريح ؛ كيلا يفسدها الدود ، وكذا لُبْسها عند حاجتها**) إذا تعيّن طريقاً لدفع الدود بسبب عَبَق ريح الآدمي بها .

ونبّه بالعلة ـ وهو خوف الإفساد ـ علىٰ جريانه في كلِّ ما في معناه ؛ كركوب الدابة خوفاً عليها من الزَّمانة بكثرة الوقوف .

وقضية إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يأمره بذلك أم لا ، وهو كذلك .

نعم ؛ إن نهاه . . لم يضمن .

وهـٰذا كلُّه إذا عَلِم المودَع ، فإن لم يعلم ؛ بأن كانت في صندوق أو كيس مشدود ولم يُعلمْه المالك . . فلا ضمان .

(**ومنها : أن يعدل عن الحفظ المأمور به ، وتلفت بسبب العدول . . فيضمن**) لأن التلف حصل من جهة المخالفة .

---

(١) في (و) و(ز) : (فيراجعه أو وكيله) .

فَلَوْ قَالَ : (لاَ تَرْقُدْ عَلَى ٱلصُّنْدُوقِ) فَرَقَدَ وَٱنْكَسَرَ بِثِقَلِهِ وَتَلِفَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِهِ . . فَلاَ عَلَى ٱلأَصَحِّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ : (لاَ تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ) فَأَقْفَلَهُمَا . وَلَوْ قَالَ : (ٱرْبِطِ ٱلدَّرَاهِمَ فِي كُمِّكَ) فَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ فَتَلِفَتْ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ إِنْ ضَاعَتْ بِنَوْمٍ وَنِسْيَانٍ . . ضَمِنَ ، . . . .

(فلو قال : « لا ترقُد على الصندوق » ، فرقد وانكسر بثقله وتلف ما فيه . . ضمن) للمخالفة ، (وإن تلف بغيره . . فلا على الأصحِّ)[1] لأنه زاد خيراً ولم يأت التلف مما جاء به ، **والثاني** : يضمن ؛ لأن رقوده عليه يوهم السارق نفاسةَ ما فيه فيقصده .

وصورة المسألة : ما إذا كان في بيت محرز وأخذه اللص مطلقاً ، أو كان في صحراء وأخذه من رأس الصندوق ، فإن كان في صحراء وأخذه اللص من جانب الصندوق . . ضمن **في الأصحِّ** ، قال الرافعي : **وإنما يظهر** : إذا أخذه من جانب لو لم يرقُد فوقه لرقد هناك ؛ بأن كان يرقُد قدّام الصندوق فانتهز السارق الفرصة ، أو أمره بالرقاد قدامه فرقد فوقه فسرق من قدامه ، قال : وقد تعرض لهـٰذا القيد متعرضون[2] .

(وكذا لو قال : « لا تقفل عليه قفلين » فأقفلهما) فلا ضمان **على الأصحِّ** ؛ لأنه زاد احتياطاً ، **والثاني** : يضمن ؛ لأنه أغرى السارق به .

ومثله : ما لو قال : (لا تقفل عليه أصلاً) فأقفل قفلاً ، أو (لا تغلق الباب) فغلقه .

قال صاحب « المعين » : **ومحلُّ الخلاف** : في بلد لم تجر عادتهم بذلك ، وإلا . . **فلا ضمان قطعاً** .

(ولو قال : « اربط الدراهم في كمك » ، فأمسكها بيده فتلفت . . فالمذهب : أنه إن ضاعت بنوم ونسيان . . ضمن) لحصول التلف بالمخالفة ؛ لأنها لو كانت مربوطة لم تَضِع بهـٰذا السبب .

ولو قال : (أو نسيان) كما في « المحرر » . . لكان أحسن[3] .

---

(١) كذا في جميع النسخ ، وفي « المنهاج » (ص ٣٦٢) المطبوع : (فلا على الصحيح) .
(٢) الشرح الكبير (٧/٣٠٨) .
(٣) المحرر (ص٢٨٠) .

أَوْ بِأَخْذِ غَاصِبٍ . . فَلاَ ، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ بَدَلاً عَنِ ٱلرَّبْطِ فِي ٱلْكُمِّ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَبِٱلْعَكْسِ . . يَضْمَنُ . وَلَوْ أَعْطَاهُ دَرَاهِمَ بِٱلسُّوقِ وَلَمْ يُبَيِّنْ كَيْفِيَّةَ ٱلْحِفْظِ فَرَبَطَهَا فِي كُمِّهِ وَأَمْسَكَهَا بِيَدِهِ أَوْ جَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ ، . . . .

(**أو بأخذ غاصب . . فلا**) لأن اليد أمنع للغصب حينئذ ، وهـٰذا نصه في « عيون المسائل » ، ونقل المزني : أنه لا ضمان مطلقاً[1] ، والربيع عكسه .

ومقابل المذهب في كلام المصنف : إجراء قولين مطلقاً ، **وقيل** : يضمن قطعاً .

وقضية كلامه : أنه إذا امتثل وربط . . لم يضمن مطلقاً ، **وفيه تفصيل** ؛ وهو أنه إن جعل الخيط خارج الكم فأخذها الطرَّار . . ضمن ، أو استرسلت . . لم يضمن إذا أحكم الربط ، وإن جعله داخله . . فبالعكس ، هـٰكذا أطلقوه ، واستشكله الرافعي ؛ لأن المأمور به مطلق الربط ، فإذا أتىٰ به . . لا ينظر إلىٰ جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور إلىٰ غيره فحصل التلف ، قال : **وقضية ما قالوه** : أنه لو قال : (احفظه في البيت) فوضعه في زاوية منه فانهدمت . . ضمن ؛ لأنه لو كان في زاوية غيرها . . لسلم ، **وهو بعيد**[2] .

وفرق ابن الرفعة : بأن جهاتِ الربط مختلفة ، وجهاتِ البيت مستوية ، فإن فرض اختلافها في البناء والقرب من الشارع ونحوه . . فقد نقول : يختلف الحكم ، ثم قال : **والحق** : صحة إشكال الرافعي ؛ فإن الربط في الكم حرز كيف كان ، ولا يجب الحفظ في الأحرز . انتهىٰ .

(**ولو جعلها في جيبه بدلاً عن الربط في الكم . . لم يضمن**) لأنه أحرز ، إلا إذا كان واسعاً غير مزرور ، (**وبالعكس . . يضمن**) لأن الجيب أحرز منه ؛ لأنه بإرسال الكم قد تسقط .

(**ولو أعطاه دراهم بالسوق ولم يبين كيفية الحفظ ، فربطها في كمه وأمسكها بيده أو جعلها في جيبه . . لم يضمن**) لأنه احتاط في الحفظ .

نعم ؛ إن كان الجيب واسعاً غير مزرور . . ضمن ؛ لسهولة أخذها منه باليد .

---

(١) مختصر المزني (ص١٤٧) .
(٢) الشرح الكبير (٧/٣٠٩) .

وَإِنْ أَمْسَكَهَا بِيَدِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ إِنْ أَخَذَهَا غَاصِبٌ ، وَيَضْمَنُ إِنْ تَلِفَتْ بِغَفْلَةٍ أَوْ نَوْمٍ ، وَإِنْ قَالَ : (ٱحْفَظْهَا فِي ٱلْبَيْتِ) . . فَلْيَمْضِ إِلَيْهِ وَيُحْرِزْهَا فِيهِ ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلاَ عُذْرٍ . . ضَمِنَ . وَمِنْهَا : أَنْ يُضَيِّعَهَا ؛ بِأَنْ يَضَعَهَا فِي غَيْرِ حِرْزِ مِثْلِهَا ، أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهَا سَارِقاً أَوْ مَنْ يُصَادِرُ ٱلْمَالِكَ . فَلَوْ أَكْرَهَهُ ظَالِمٌ حَتَّىٰ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ . . فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، ثُمَّ يَرْجِعُ . . . .

ولو ربطها في كمه ولم يمسكها بيده . . قال الرافعي : **فقياس ما سبق** : أن ينظر إلىٰ كيفية الربط وجهة التلف[1] .

(**وإن أمسكها بيده**) من غير ربط في شيء (. . **لم يضمن إن أخذها غاصب ، ويضمنُ إن تلفت بغفلة أو نوم**) لأنه حصل بسبب من جهته ، بخلاف أخذ الغاصب منه .

(**وإن قال**) وهو في السوق (« **احفظها في البيت** » . . **فليمض إليه**) في الحال (**ويحرزها فيه**) عقب وصوله ، (**فإن أخّر بلا عذر . . ضمن**) لتفريطه ، قال السبكي : **وينبغي** : أن يرجع فيه إلى العرف ، وهو يختلف باختلاف نفاسة الوديعة وطول التأخير وضدهما .

(**ومنها : أن يضيعها ؛ بأن يضعها في غير حرز مثلها**) بغير إذن المالك وإن قصد بذلك إخفاءها ، (**أو يدل عليها سارقاً ، أو من يصادر المالك**) لأنه مأمور بحفظها في حرز مثلها والتحرّزِ عن أسباب تلفها .

وقضية كلامه : التضمين بمجرد الدلالة ، حتىٰ لو ضاعت بغير السرقة أو المصادرة . . ضمنت ، وبه صرح القفال والماوردي والسنجي في « شرح التلخيص » ، وكلامُ « الشرح » و« الروضة » مضطرب في اقتضاء ذلك[2] .

ولا ينحصر التضييع فيما ذكره المصنف ، بل لو ضاعت بالنسيان . . ضمنها في **الأصحّ** .

(**فلو أكرهه ظالم حتىٰ سلمها إليه . . فللمالك تضمينه**) أي : المودع (**في الأصحّ**) لتسليمه ، والضمان يستوي فيه الاختيار والاضطرار ، (**ثم يرجع**) المودع

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٠٩) .
(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ٣٩٤) ، الشرح الكبير (٧/ ٣١٣) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٤٢) .

عَلَى ٱلظَّالِمِ .وَمِنْهَا : أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا ؛ بِأَنْ يَلْبَسَ أَوْ يَرْكَبَ خِيَانَةً ، أَوْ يَأْخُذَ ٱلثَّوْبَ لِيَلْبَسَهُ أَوِ ٱلدَّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا . . فَيَضْمَنَ . . . .

(على الظالم) لاستيلائه عليها ، **والثاني** : المنع ؛ لأنه مُلجأ ؛ كما لو أخذها الغاصب بنفسه ، ولا يلزمه أن يقي مال غيره بنفسه ؛ كما لو صال عليه فحل فقتله .

واحترز بقوله : (سلمها إليه) : عما لو أخذها منه قهراً من غير دلالة . . فالضمان على الظالم فقط قطعاً ، فلو لم يسلمها لكن دل عليها فأخذها . . قال الماوردي : **المذهب** : أنه لايضمن ؛ كالمُحْرِم إذا دل علىٰ صيد . . لا يضمنه ؛ تقديماً للمباشرة على السبب(١) .

ويلزمه إخفاء الوديعة عن الظالم ، ويحلف كاذباً جوازاً ؛ كما قاله الشيخان ، وقال الغزالي في « الوسيط » : وجوباً(٢) ، ثم إذا حلف بالله . . لزمه الكفارة ، أو بالطلاق . . وقع على **الأصحِّ** ، بخلاف ما لو أخذ القطاع مال رجل وقالوا : لا نتركك حتىٰ تحلف بالطلاق أنك لا تخبر بنا ، فحلف وأطلقوه وأخبر بهم . . فإنه لا يحنث ؛ لأنهم أكرهوه على الحلف عيناً ، وهنا خير بين الحلف والاعتراف ، فتعينه لأحدهما اختيار له .

(**ومنها : أن ينتفع بها ؛ بأن يلبس أو يركب خيانة**) لتعدّيه ، قال البغوي : ومنه القراءة في الكتاب .

واحترز بقوله : (خيانة) : عن لبس الصوف لدفع الدود ونحو ذلك .

نعم ؛ يرد عليه : ما لو انتفع بها ظاناً أنها ملكه . . فإنه يضمن ؛ كما نقلاه عن الإمام في أوائل (باب الغصب) مع أنه لا خيانة(٣) .

(**أو يأخذ الثوب ليلبَسه أو الدراهم لينفقها . . فيضمن**) وإن لم يلبَس ولم ينفق ؛ لاقتران الفعل بنية التعدي ، قال البغوي : ويضمن قيمتها إذا تلفت في يده ، فإن مضت

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٤١٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣١٤) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٤٢) ، الوسيط (٤/ ٥١٢) ، كذا في جميع النسخ ، ولعله في « البسيط » كما قاله ابن الملقن رحمه الله تعالىٰ في « العجالة » (٣/ ١١٢٠) ، وكلام « الوسيط » لا يدلّ على الوجوب ، وإنما قال : (ولا بأس بأن يحلف كاذباً إذا كان مقصوده حفظَ حقِّ الغير) .

(٣) الشرح الكبير (٥/ ٣٩٦) ، روضة الطالبين (٥/ ٣) .

وَلَوْ نَوَى ٱلأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ . . لَمْ يَضْمَنْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلَوْ خَلَطَهَا بِمَالِهِ وَلَمْ يَتَمَيَّزْ . . ضَمِنَ . وَلَوْ خَلَطَ دَرَاهِمَ كِيسَيْنِ لِلْمُودِعِ . . ضَمِنَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَتَىٰ صَارَتْ مَضْمُونَةً بِٱنْتِفَاعٍ وَغَيْرِهِ ثُمَّ تَرَكَ ٱلْخِيَانَةَ . . لَمْ يَبْرَأْ ، فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ ٱلْمَالِكُ ٱسْتِئْمَاناً . . بَرِىءَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

في يده مدة بعد التعدي . . وجب عليه أجرة مثل تلك المدة .

واحترز بقوله : (الدراهم) عما لو أخذ منها درهماً لينفقه ثم رده . . فإنه يصير مضموناً وحده دون الباقي **على الأصحِّ** ، فلو تلف الكلُّ . . لم يلزمه إلا درهم .

(**ولو نوى الأخذ ولم يأخذ . . لم يضمن على الصحيح**) لأنه لم يحدث فعلاً ، **والثاني** : يضمن ؛ كما لو أخذ ابتداءً بنية الخيانة .

(**ولو خلطها بماله ولم يتميز . . ضمن**) لأنه لم يرض به ، فإن تميزت بسكّة أو عتق أو حداثة ، أو كانت دراهم فخلطها بدنانير . . فإنه لا ضمان .

نعم ؛ إن حدث بالخلط نقص . . ضمن ؛ كما نقله في « الكفاية » عن الماوردي[1] .

(**ولو خلط دراهم كيسين للمودِعِ**) ولم تتميز (. . **ضمن في الأصحِّ**) لتعديه ، **والثاني** : لا ؛ لأنه كلّه لمالك واحد .

(**ومتىٰ صارت مضمونة بانتفاع وغيره ثم ترك الخيانة . . لم يبرأ**) كما لو جحدها ثم اعترف بها ، وعليه ردها إلىٰ مالكها .

(**فإن أحدث له المالك استئماناً**) من غير ردٍّ إليه ؛ كقوله : (استأمنتك عليها) ، أو (أذنت لك في حفظها) ، ونحو ذلك (. . **بريء في الأصح**) لأنه أسقط حقه ، **والثاني** : لا حتىٰ يردها إليه أو إلىٰ وكيله ؛ لحديث : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ »[2] .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/ ٣٤٤) .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٧) ، وأبو داوود (٣٥٦١) ، والترمذي (١٢٦٦) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٧٥١) ، وابن ماجه (٢٤٠٠) عن سمرة بن جندب رضي الله عنه .

وَمَتَىٰ طَلَبَهَا ٱلْمَالِكُ . . لَزِمَهُ ٱلرَّدُّ ؛ بِأَنْ يُخَلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا ، فَإِنْ أَخَّرَ بِلاَ عُذْرٍ . . ضَمِنَ . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ تَلَفَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ سَبَباً ، أَوْ ذَكَرَ خَفِيّاً كَسَرِقَةٍ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَإِنْ ذَكَرَ ظَاهِراً كَحَرِيقٍ ؛ فَإِنْ عُرِفَ ٱلْحَرِيقُ وَعُمُومُهُ . . صُدِّقَ بِلاَ يَمِينٍ ، وَإِنْ عُرِفَ دُونَ عُمُومِهِ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَإِنْ جُهِلَ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ ، ثُمَّ يُحَلَّفُ عَلَى ٱلتَّلَفِ بِهِ . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ رَدَّهَا عَلَىٰ مَنِ ٱئْتَمَنَهُ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، أَوْ عَلَىٰ غَيْرِهِ كَوَارِثِهِ ، أَوِ ٱدَّعَىٰ وَارِثُ ٱلْمُودَعِ ٱلرَّدَّ عَلَى ٱلْمَالِكِ ، أَوْ أَوْدَعَ عِنْدَ سَفَرِهِ أَمِيناً فَٱدَّعَى ٱلأَمِينُ ٱلرَّدَّ عَلَى ٱلْمَالِكِ . . طُولِبَ بِبَيِّنَةٍ . وَجُحُودُهَا بَعْدَ طَلَبِ ٱلْمَالِكِ مُضَمِّنٌ .

وكان ينبغي التعبير : بالأظهر ؛ فإن الرافعي حكىٰ عن بعضهم رواية الوجهين عن النصِّ[١] .

(**ومتىٰ طلبها المالك . . لزمه الردُّ**) لما مر أولَ الباب (**بأن يخلي بينه وبينها**) ، ومؤنةُ الردِّ على المالك ، (**فإن أخر بلا عذر . . ضمن**) لتعديه ، فإن أخر بعذر ؛ كصلاة وطهارة وأكل وملازمة غريم ونحو ذلك . . لم يضمن .

(**وإن ادعىٰ تلفها ولم يذكر سبباً ، أو ذكر خفيّاً ؛ كسرقة . . صدق بيمينه**) بالإجماع ؛ كما قاله ابن المنذر ؛ لأنه ائتمنه[٢] ، (**وإن ذكر ظاهراً ؛ كحريق فإن عرف الحريق وعمومه . . صدق بلا يمين**) لأن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين ، (**وإن عرف دون عمومه . . صدق بيمينه**) لاحتمال ما ادعاه ، (**وإن جهل . . طولب ببينة**) على السبب الظاهر ، (**ثم يحلف على التلف به**) لاحتمال أنها لم تتلف به .

(**وإن ادعىٰ ردها علىٰ من ائتمنه**) وهو أهل للقبض حالَ الردِّ (**. . صدق بيمينه**) لأنه لو ادعىٰ تلفها . . قبل إجماعاً ، فكذا ردها ، وسواء كان من ائتمنه مالكاً أو متكلماً علىٰ غيره ؛ كالولي والقيم والحاكم ، (**أو علىٰ غيره ؛ كوارثه ، أو ادعىٰ وارث المودَع الرد على المالك ، أو أودع عند سفره أميناً فادعى الأمين الردَّ على المالك . . طولب ببينة**) إذ الأصل عدمُ الردِّ ، ولم يأتمنه .

(**وجحودها بعد طلب المالك مضمِّن**) كخيانته ، فلو جحد ثم قال : (كنت

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٠٥) .
(٢) الإجماع (ص١٤٦) .

. . . .

غلطت) أو (نسيت) . . لم يبرأ ، إلا أن يصدقه المالك .

واحترز بقوله : (بعد طلب المالك) : عما لو قال ابتداءً : (لا وديعة لأحد عندي) ، أو جواباً لسؤال غير المالك بحضور المالك أو غيبته . . فإنه لا يضمن ؛ لأن إخفاءها أبلغ في حفظها .

ولو لم يطلب المالك ولكن قال : (لي عندك وديعة) فأنكر . . لم يضمن **على الأصحِّ** ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح ، بخلاف ما بعد الطلب .

❊ ❊ ❊

كتاب قسم الفيء والغنيمة

ٱلْفَيْءُ : مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِلاَ قِتَالٍ وَإِيجَافِ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَجِزْيَةٍ ، وَعُشْرِ تِجَارَةٍ ، وَمَا جَلَوْا عَنْهُ خَوْفاً ، وَمَالِ مُرْتَدٍّ قُتِلَ أَوْ مَاتَ ، وَذِمِّيٍّ مَاتَ بِلاَ وَارِثٍ . . . .

(كتاب قَسْم الفيء والغنيمة)

هـٰذا شطر بيت موزون ، **والقَسْم** ـ بفتح القاف ـ : مصدر بمعنىٰ : القسمة ، **والفيء** : مصدر فاء يفيء إذا رجع ، ثم استعمل في المال الراجع من الكفار إلينا ، من استعمال المصدر في الفاعل ، أو في المفعول ؛ لأنه مردود ، **والغنيمة** : فعيلة من الغنم ، وهو الربح ، **وقيل** : الفائدة الحاصلة بلا بدل .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ ﴾ وقوله : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ ﴾ الآيتان ، وفي حديث وفد عبد القيس وقد فسر لهم الإيمان : « وَأَنْ تُعْطُوا مِنَ ٱلْمَغْنَمِ ٱلْخُمُسَ » متفق عليه[1] .

وقد اختلف في الفيء والغنيمة ؛ **فقيل** : اسم الفيء يشملها ، واسم الغنيمة خاص بما أخذ بقتال ، **وقيل** : يطلق كلٌّ منهما على الآخر عند الإفراد بالذكر ، فإذا ذكرا . . افترقا ؛ كالفقير والمسكين ، **والأصحُّ** : تباينهما .

(الفيء : مال حصل من كفار بلا قتال وإيجاف خيل وركاب ؛ كجزية ، وعُشْر تجارة ، وما جَلَوْا عنه خوفاً ، ومال مرتد قتل أو مات ، وذمي مات بلا وارث) **هـٰذا التعريف ليس بجامع** ؛ فإن (المال) يخرج : الاختصاصات مع أن لها حكمَ المال ، فلو قال : (ما أخذ) . . لكان أحسن ، **وليس بمانع** ؛ لدخول : من دخل دار الحرب متلصصاً وسرق شيئاً ، مع أنه غنيمة مخمسة **على الصحيح** ، وكذا ما أهدوه والحرب قائمة .

و(الواو) في قوله : (خيل وركاب) بمعنىٰ (أو) ؛ فإن إيجاف أحدهما كاف في انتفاء حكم الفيء ، قاله السبكي ، وأما (الواو) التي بين القتال والإيجاف : فمحتملة

---

(١) صحيح البخاري (٥٣) ، صحيح مسلم (١٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما .

فَيُخَمَّسُ ، وَخُمُسُهُ لِخَمْسَةٍ : أَحَدُهَا : مَصَالِحُ ٱلْمُسْلِمِينَ كَٱلثُّغُورِ وَٱلْقُضَاةِ وَٱلْعُلَمَاءِ ، يُقَدَّمُ ٱلأَهَمُّ . . . .

لمعنىٰ (أو) ولمعنى (الواو) .

وقول المصنف : (خوفاً) لو حذفه . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل : المال الذي جلوا عنه لضر أصابهم ؛ فإنه فيء وإن لم يكن خوف .

والإيجاف : إسراع السير ، **والركاب** : الإبل خاصة .

(**فيخمس**) الجميع خمسةَ أسهم متساوية ؛ كالغنيمة ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ مَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ الآية ، فأطلق هـٰهنا وقيّد في الغنيمة ، فحمل المطلق على المقيد ؛ جمعاً بينهما ؛ لاتحاد الحكم واختلاف السبب ، فإن الحكم واحد ؛ وهو رجوع المال من المشركين للمسلمين ، إلا أنه اختلف سببه بالقتال وعدمه ؛ كما حملت الرقبة في الظهار على المؤمنة في كفارة القتل .

(**وخمسه لخمسة**) أي : يؤخذ سهم من السهام الخمسة فيقسم خمسة أجزاء متساوية .

(**أحدها : مصالح المسلمين ؛ كالثغور**) وهي مواضع الخوف من أطراف بلاد المسلمين الملاصقة لبلاد المشركين ، فتشحن بالعُدّة المقاتلة وعمارة الحصون والقناطر والمساجد .

(**والقضاةِ والعلماءِ**) لأن بها حفظ المسلمين ، فيرزقون منه .

وهـٰذا السهم كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ينفق منه علىٰ نفسه وأهله ومصالحه ، وما فضل جعله في السلاح عُدّة في سبيل الله وفي سائر المصالح .

والمراد بـ(العلماء) : علماء الشرع ، وطلبةُ العلم يدخلون فيهم ؛ فإنهم إن لم يكفوا . . لم يتمكنوا من الطلب ، ونبه بذلك : علىٰ ما فيه مصلحة عامة للمسلمين ؛ كالأئمة والمؤذنين .

(**يقدم الأهم**) فالأهم وجوباً ، وأهمها : سد الثغور ؛ كما قاله في « التنبيه »[1] ؛ لأنه حظ المسلمين .

---

(١) التنبيه (ص١٤٤) .

وَٱلثَّانِي : بَنُو هَاشِمٍ وَٱلْمُطَّلِبِ ؛ يَشْتَرِكُ ٱلْغَنِيُّ وَٱلْفَقِيرُ وَٱلنِّسَاءُ ، وَيُفَضَّلُ ٱلذَّكَرُ كَٱلإِرْثِ . . . .

(**والثاني : بنو هاشم و**) بنو (**المطلب**) ، ومنهم إمامنا الشافعي ، وهم آل النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ ، وهم من ذكرهم المصنف ، دون بني عبد شمس ونوفل ، وهما ابنا عبد مناف أيضاً ؛ لأن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع سهم ذوي القربىٰ في بني هاشم وبني المطلب وترك الآخرين ، وقال حين سئل عن تركهم : « نَحْنُ وَبَنُو ٱلْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ » رواه البخاري[1] .

واعلم : أن هاشماً والمطلب شقيقان ، وذوي قربى النبي صلى الله عليه وسلم حقيقةً : هم بنو هاشم ؛ لأنه جده ، فأدخل عليه السلام معهم بني المطلب ؛ لأنهم لم يفارقوا بني هاشم في نصرة النبي صلى الله عليه وسلم في جاهلية ولا إسلام ، دون أولاد شقيقهما عبد شمس جدِّ عثمان بن عفان ، وأخيهما لأبيهما نوفل جدِّ جبير بن مطعم ، فلم يدخلا في ذوي القربىٰ وإن شملهما اسمها ؛ لأن السنة بينت أن الاستحقاق بالقرابة والنصرة لا القرابةِ المجردة .

والاعتبارُ : بالانتساب إلى الآباء ، أما من انتسب منهم إلى الأمهات . . فلا .

(**يشترك الغني والفقير**) لإطلاق الآية ، وإعطاءِ النبي صلى الله عليه وسلم العباسَ منه وكان من أغنىٰ قريش[2] ، (**والنساء**) لأن الزبير كان يأخذ منه سهم أمه صفيةَ عمةِ النبي صلى الله عليه وسلم[3] ، وكان الصديق يدفع لفاطمة رضي الله عنها منه ، ولولا ذلك . . لم يدفع لهن ؛ لأن الآية لا تدل إلا على الصرف للذكور ؛ فإن (ذوي) : مختص بهم .

(**ويفضل الذكر ؛ كالإرث**) للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فإنه عطية من الله تعالىٰ ، فأشبه الإرث .

---

(١) صحيح البخاري (٣١٤٠) عن جبير بن مطعم رضي الله عنه .

(٢) ذكره الشافعي في « الأم » بدون سند (٥/ ٣٣٣) ، وانظر « البدر المنير » (٧/ ٣٥٣) .

(٣) انظر « البدر المنير » (٧/ ٣٥٤) .

وَٱلثَّالِثُ : ٱلْيَتَامَىٰ ، وَهُوَ : صَغِيرٌ لاَ أَبَ لَهُ ، وَيُشْتَرَطُ فَقْرُهُ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ . وَٱلرَّابِعُ وَٱلْخَامِسُ : ٱلْمَسَاكِينُ وَٱبْنُ ٱلسَّبِيلِ . وَيَعُمُّ ٱلأَصْنَافَ ٱلأَرْبَعَةَ ٱلْمُتَأَخِّرَةَ ، وَقِيلَ : يَخْتَصُّ بِٱلْحَاصِلِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ مَنْ فِيهَا مِنْهُمْ . وَأَمَّا ٱلأَخْمَاسُ ٱلأَرْبَعَةُ ....

(والثالث : اليتامىٰ)[1] للآية ، (وهو) أي : اليتيم : (صغير) لم يبلغ الحلم (لا أب له) ، سواء كان له جد أم لا **على الصحيح** .

(ويشترط : فقره **على المشهور**) لأن لفظ (اليتيم) يشعر بالضعف والحاجة ، ولأنه إذا امتنع لاستغنائه بمال أبيه . . فبماله أولىٰ ، **والثاني** : لا يشترط ؛ قياساً علىٰ ذوي القربىٰ .

(والرابع والخامس : المساكين ، وابن السبيل) للآية ، وسيأتي بيانهما في الباب بعده .

وفُهِم من ذكره المساكين : جواز صرفه إلى الفقراء ؛ لأنهم أشد حاجة منهم ، **وإطلاقُه يوهم** : عدم اشتراط الفقر في ابن السبيل ، وليس كذلك ، صرح به الفوراني وغيره .

(ويعم الأصناف الأربعة المتأخرة) غائبَهم عن موضع حصول الفيء وحاضرَهم ؛ لظاهر الآية ، ويجوز أن يفاوت بين اليتامىٰ وبين المساكين وبين أبناء السبيل ؛ لأنهم يستحقون بالحاجة ، فتراعىٰ حاجتهم ، بخلاف ذوي القربىٰ ؛ فإنهم يستحقون بالقرابة .

(وقيل : يختص بالحاصل في كل ناحيةٍ من فيها منهم) فما حصل من كفار الروم دفع إلىٰ من في الشام ، ومن الترك إلىٰ من بخراسان ؛ كالزكاة ، ولمشقة النقل .

(وأما الأخماس الأربعة) التي كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في حياته مضمومةً إلىٰ خمس الخمس ، فجملة ما كان له صلى الله عليه وسلم أحدٌ وعشرون

---

(١) واليتم : الانفراد ، ومنه : الدرة اليتيمة ، قال ابن السِّكيت وغيره : اليتم في الناس من قبل الأب ، وفي البهائم من قبل الأم ، قال ابن خالويه : وفي الطير بفقد الأب والأم ؛ لأنهما يحضنانه ويزقانه . و(اللطيم) : الذي يموت أبواه ، و(العجي) : الذي تموت أمه . وشملت عبارة المصنف : ولد الزنا ؛ فإنه لا أب له ، لكن كان من حقه أن يقيده بالمسلم كما تقدم ، قاله الدميري [٦/ ٣٨٧] . اهـ هامش (هـ) .

فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهَا لِلْمُرْتَزِقَةِ ـ وَهُمُ : ٱلأَجْنَادُ ٱلْمُرْصَدُونَ لِلْجِهَادِ ـ فَيَضَعُ ٱلإِمَامُ دِيوَاناً ، وَيَنْصِبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ جَمَاعَةٍ عَرِيفاً ، وَيَبْحَثُ عَنْ حَالِ كُلِّ وَاحِدٍ وَعِيَالِهِ وَمَا يَكْفِيهِمْ ، فَيُعْطِيهِ كِفَايَتَهُمْ . وَيُقَدِّمُ فِي إِثْبَاتِ ٱلِاسْمِ وَٱلإِعْطَاءِ قُرَيْشاً ـ وَهُمْ وَلَدُ ٱلنَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ ـ .

سهماً من خمسة وعشرين سهماً (. . **فالأظهر : أنها للمرتزقة ، وهم : الأجناد المرصدون للجهاد**) لأنها كانت للنبي صلى الله عليه وسلم ؛ لحصول النصرة به ، فبعده للمرصدين للنصرة ، وعملاً بفعل السلف ، **والثاني** : أنها للمصالح ؛ كخمس الخمس ، **وأهمها** : المرتزقة ، فيبدأ بهم ، فما فضل عنهم صرف في باقي المصالح ، فهما متفقان علىٰ أن الصرف للمرتزقة ، وإنما الخلاف في الفاضل عنهم ، **والثالث** : أنها تقسم كما يقسم الخمس .

(**فيضع الإمام ديواناً**) تأسياً بعمر رضي الله عنه[1] ، **والديوان** : الدفتر الذي يُثبت فيه أسماءهم ، وقيل : الكتّاب الذين يضبطون أسماءهم .

(**ويَنْصِبُ لكل قبيلة أو جماعة عريفاً**) ليعرض عليه أحوالهم ويجمعهم عند الحاجة ، ونصبه : مستحب .

(**ويبحث**) الإمام وجوباً (**عن حال كلِّ واحد وعياله وما يكفيهم ، فيعطيه كفايتهم**) من نفقة وكسوة وسائر مؤنهم ؛ ليتفرغ للجهاد ، ويراعي الزمان والمكان والرخص والغلاء ، وحالة مروءة وضدها ، وعادة البلد في المطاعم والملابس .

والمراد بـ(عياله) : من تلزمه نفقتهم ، ويزاد كلما زادت الحاجة ؛ بكبر ولد وزيادة زوجة ولو لتمام أربع ، ويسوّي بينهم في إعطاء كل قدر حاجته ، لا في القدر المعطىٰ ، ولا يقدم بشرف نسب أو دين ، أو سبق في الإسلام أو الهجرة ، وسائر الخصال المرضية ، بل يستوون ؛ كالإرث والغنيمة .

(**ويقدم في إثبات الاسم والإعطاء قريشاً**) ندباً ؛ لحديث : « قَدِّمُوا قُرَيْشاً ، وَلاَ تَقَدَّمُوهَا » رواه الشافعي وغيره[2] ، (**وهم ولد النضر بن كنانة**) بن خزيمة بن

---

(١) أخرجه الشافعي في « مسنده » (ص٤٢٤) .

(٢) مسند الشافعي (ص٣٧٢) عن ابن شهاب رحمه الله تعالىٰ بلاغاً ، وأخرجه البيهقي (٣/ ١٢١) ، وابن أبي شيبة (٣٣٠٥٣) عن ابن أبي حثمة رضي الله عنه .

وَيُقَدِّمُ مِنْهُمْ بَنِي هَاشِمٍ وَٱلْمُطَّلِبِ ثُمَّ عَبْدِ شَمْسٍ ثُمَّ نَوْفَلٍ ثُمَّ عَبْدِ ٱلْعُزَّىٰ ثُمَّ سَائِرَ ٱلْبُطُونِ ٱلأَقْرَبَ فَٱلأَقْرَبَ إِلَىٰ رَسُولِ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، ثُمَّ ٱلأَنْصَارَ ، ثُمَّ سَائِرَ ٱلْعَرَبِ ، ثُمَّ ٱلْعَجَمَ . وَلاَ يُثْبِتُ فِي ٱلدِّيوَانِ أَعْمَىٰ وَلاَ زَمِناً وَلاَ مَنْ لاَ يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ . . . .

مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان ، قال الأستاذ أبو منصور : هٰذا قول أكثر النسابين ، **وهو أصح ما قيل** ، وأقره الشيخان ، لكن البيهقي نسب إلىٰ أكثر أهل العلم : أنهم ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة(١) .

وسموا قريشاً : لتقرشهم ؛ أي : تجمعهم ، علىٰ أحد الأقوال فيه .

(**ويُقدِّم منهم بني هاشم**) لأن الله شرفهم بكون المصطفىٰ منهم ، ونسبُهم إلىٰ هاشم بن عبد مناف ؛ لأنه كان يَهشِم الثريد لقومه وغيرهم جوداً ، واسمه عمرو ، قال الشاعر : [من الكامل]

عَمْـرُو ٱلَّـذِي هَشَـمَ ٱلثَّـرِيـدَ لِقَـوْمِـهِ ... وَرِجَـالُ مَكَّـةَ مُسْنِتُـونَ عِجَـافُ

(و) بني (**المطلب**) لأنه صلى الله عليه وسلم قرنهم بهم كما سبق ، (**ثم**) بني (**عبد شمس**) لأنه أخو هاشم لأبويه ، (**ثم**) بني (**نوفل**) لأنه أخو هاشم لأبيه ، (**ثم**) بني (**عبد العزىٰ**) لأنهم أصهار النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فإن خديجة رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزىٰ ، والشافعي رضي الله عنه من بني عبد مناف ، (**ثم سائر البطون**) من قريش (**الأقرب فالأقرب إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم**) لفضيلة القرب ، (**ثم الأنصار**) لآثارهم الحميدة في الإسلام ، (**ثم سائر العرب**) بعد الأنصار ، (**ثم العجم**) لأن العرب أقرب إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم وأشرف .

وهٰذا الترتيب : مستحب لا مستحق ؛ كما نقلاه عن الأئمة ، قال ابن الرفعة : **وفيه نظر** ، وظاهر فعل عمر رضي الله عنه يدل على الاستحقاق(٢) .

(**ولا يثبت في الديوان أعمىٰ ولا زَمِناً ولا من لا يصلح للغزو**) إذ لا كفاءة فيهم .

هٰذا في المرتزقة ، أما عيالهم . . فهم تبع لهم ، فيثبتون ولو كانوا بهٰذه

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٣٨) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٦٠ـ ٣٦١) ، السنن الكبرىٰ (٦/ ٣٦٥) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٤٠) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٦٢) .

وَلَوْ مَرِضَ بَعْضُهُمْ أَوْ جُنَّ وَرُجِيَ زَوَالُهُ.. أُعْطِيَ ، فَإِنْ لَمْ يُرْجَ.. فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُعْطَىٰ ، وَكَذَا زَوْجَتُهُ وَأَوْلاَدُهُ إِذَا مَاتَ ....

الأوصاف ، قاله شيخنا قاضي القضاة جلال الدين البُلْقيني .

(ولو مرض بعضهم أو جُنّ ورُجِي زواله) وإن طال ؛ كما قاله ابن الرفعة[1] (. . أعطي) ويبقى اسمه في الديوان ؛ لأن الإنسان لا يخلو من عارض ، وكيلا يرغب الناس عن الجهاد ويقبلوا على الكسب لهـٰذه العوارض .

(فإن لم يرج . . فالأظهر : أنه يعطىٰ) لما ذكرناه ، ولأنه إذا بقي على الذرية . . فعليه أولىٰ ، لكن يقطع اسمه من الديوان ، والثاني : لا يعطىٰ ؛ لخروجه منهم بعجزه .

ومحلُّ الخلاف : في إعطائه في المستقبل ، أما الماضي . . فقال في « الكفاية » : ينبغي أن يكون ؛ كما لو مات ، إذا قلنا بسقوطه في المستقبل[2] .

(وكذا زوجته وأولاده إذا مات) أي : الذي تجب عليه نفقتهم في حياته ؛ لئلا يعرضوا أو يشتغلوا بالكسب إذا علموا ضياع عيالهم بعدهم ، والثاني : المنع ؛ لأن تبعيتهم زالت بموت المتبوع .

وإفراده (الزوجة) وجمعه (الأولاد) : يوهم : اعتبار الوحدة في الزوجة ، والأصحُّ : خلافه .

ولم يبين المصنف قدر ما يعطوه ، قال المنكت : والمراد : ما يليق بهم لا ما كان يأخذه المرتزق[3] .

واستنبط السبكي من هـٰذه المسألة : أن الفقيه أو المعيد أو المدرس إذا مات . . تعطىٰ زوجته وأولاده مما كان يأخذ ما يقوم بهم ؛ ترغيباً في العلم كالترغيب هنا في الجهاد ، فإن فضل المال عن كفايتهم . . صرف الباقي لمن يقوم بالوظيفة ، قال : وليس فيه تعطيل لشرط الواقف ؛ فإنّ قصدَه تلك الصفةُ ، وقد حصلت مدةً من أبيهم ،

---

(١) كفاية النبيه (١٦/ ٥٣٣) .

(٢) كفاية النبيه (١٦/ ٥٣٣) .

(٣) السراج (٥/ ٢١٤) .

فَتُعْطَى ٱلزَّوْجَةُ حَتَّىٰ تنكِحَ ، وَٱلْأَوْلَادُ حَتَّىٰ يَسْتَقِلُّوا . فَإِنْ فَضَّلَتِ ٱلْأَخْمَاسُ ٱلْأَرْبَعَةُ عَنْ حَاجَاتِ ٱلْمُرْتَزِقَةِ . . وُزِّعَ عَلَيْهِمْ عَلَىٰ قَدْرِ مُؤْنَتِهِمْ ، وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُصْرَفَ بَعْضُهُ فِي إِصْلَاحِ ٱلثُّغُورِ وَٱلسِّلَاحِ وَٱلْكُرَاعِ . هَـٰذَا حُكْمُ مَنْقُولِ ٱلْفَيْءِ ، فَأَمَّا عَقَارُهُ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ . . . .

والصرفُ لهم بعده بطريق التبعية ، ومدتُهم مغتفرةٌ في جنب ما مضىٰ ؛ كزمن البطالة ، قال المنكت : **وقد يفرق بينهما** : بأن العلمَ محبوب للنفوس لا يصد الناس عنه شيء ، فيوكل الناس فيه إلىٰ ميلهم إليه ، والجهادَ مكروه للنفوس ، فيحتاج الناس في إرصاد أنفسهم له إلى التأليف ، وإلا . . فمحبة الزوجة والولد قد تصد عنه[1] .

(**فتعطى الزوجة حتىٰ تنكح**) لاستغنائها بزوجها ، فإن كان زوجها الثاني من المرتزقة . . قرر لها كفايتها تبعاً له ، (**والأولاد حتىٰ يستقلوا**) بالكسب أو القدرة على الجهاد ، فلو بلغوا عاجزين لعمىً أو زَمانة . . فكمن لم يبلغ .

هـٰذا في الذكور ، وأما الإناث . . فيرزقن حتىٰ ينحكن ؛ كما نقله الرافعي عن قضية « الوسيط » وأقره[2] .

(**فإن فضّلت**[3] **الأخماس الأربعة عن حاجات المرتزقة**) وقلنا بالأظهر : أنها لهم خاصة ، (. . **وزع عليهم علىٰ قدر مؤنتهم**) لأنه حقهم ، فإذا كان لواحد نصف ولآخر ثلث . . وزع عليهم كذلك .

(**والأصحُّ : أنه يجوز أن يصرف بعضه**) أي : الفاضل عن حاجاتهم ، والتفريع على الأظهر (**في إصلاح الثغور والسلاح والكُراع**) وهو الخيل ؛ لأنه معونة لهم ، **والثاني** : المنع ، بل يوزع عليهم لاستحقاقهم له ؛ كالغنيمة ، وصححه في « الكفاية »[4] .

(**هـٰذا حكم منقول الفيء ، فأما عقاره**) من بناء وأرض (. . **فالمذهب : أنه**

---

(١) السراج (٥/ ٢١٥) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٤١) .

(٣) ضبط بالتشديد ، وكأنه لوقوعه في خطه ، وإلا . . فلا وجه لتعيينه . اهـ « تحفة المحتاج » (٧/ ١٣٩) .

(٤) كفاية النبيه (١٦/ ٥٢١) .

يُجْعَلُ وَقْفاً ، وَتُقْسَمُ غَلَّتُهُ كَذَلِكَ .

فَصْلٌ

[في الغنيمة وما يتبعها]

ٱلْغَنِيمَةُ : مَالٌ حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ بِقِتَالٍ وَإِيجَافٍ . . . .

يجعل وقفاً ، وتقسم غلته كذلك) في كلِّ عام ؛ لأنه أنفع لهم .

وتعبيره يقتضي أموراً :

أحدها : أنها لا تصير وقفاً بنفس الحصول ، بل لا بدَّ من إنشاء وقف ، **وهو الأصحُّ** ، **وقيل** : تصير وقفاً بنفس الحصول ؛ كرق النساء بنفس الأسر ، **ثانيها** : تحتّم الوقف ، وهو خلاف المذكور في « الشرح » و« الروضة » ؛ من تخيير الإمام بين وقفه ، أو قسمته ، أو بيعه وقسمة ثمنه[1] ، لكن قال البُلْقيني : إن هـٰذا لم يصححه أحد من الأصحاب ، **والذي عليه الأئمة** ؛ كما في « النهاية » : أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك وأن الأراضي تبقىٰ موقوفة .

وقال الأَذْرَعي : قد يقال : لا اختلاف بين « المنهاج » و« الشرح » و« الروضة » ، **بل مذهبنا** : ما في « المنهاج » ، فإن رأى الإمام المجتهد غيره . . فلا اعتراض عليه ، وللمسألة نظائر ، **وفيه نظر** ، وإنما تخيير الإمام وجه آخر حكاه الإمام . انتهىٰ .

ثالثها : **أن المراد** : الوقف الشرعي ، **وهو الأصحُّ** ، **وقيل** : **المراد** : الوقف عن التصرف بالقسمة لا الوقف الشرعي .

هـٰذا حكم الأخماس الأربعة ، وأما الخُمُس الباقي . . ففيه اختلاف ، **وحاصله عند التأمل** : **أن المذهب** : أنه يجعل وقفاً أيضاً ، قاله الرافعي[2] .

* * *

(**فصل** : **الغنيمة** : **مال حصل من كفار**) أصليين حربيين (**بقتال وإيجاف**) خيل أو ركاب .

وخرج بقوله : (مال) : الكلاب التي يجوز اقتناؤها ؛ فإنها لا تكون غنيمة ، وقد

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٤٣) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٦٥) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٤٤) .

ذكر المصنف حكمها في (كتاب السير)[1] ، وهل يلتحق جلد الميتة بالكلب أو بالمال ؟ فيه احتمالان لابن الرفعة .

وقوله : (حصل) : **كان ينبغي أن يقول** : حصلناه ؛ ليخرج ما حصله أهل الذمة من أهل الحرب بقتال ، **فالنص** : أنه ليس بغنيمة[2] .

وقوله : (وإيجاف) (الواو) هنا ينبغي أن تكون بمعنىٰ (أو) لئلا يرد المأخوذ بقتال الرجّالة وفي السفن ؛ فإنه غنيمة ولا إيجافَ فيه ، وما إذا التقى الصفان فانهزم الكفار قبل شهر السلاح وتركوا مالهم . . فإنه غنيمة ـ كما قاله الإمام[3] ـ ولا قتال فيه ، وكذا لو صالحونا علىٰ مال عند القتال . . فإنه غنيمة ؛ كما قاله الروياني في « الحلية » وأقراه[4] ، وكذا ما أهدوه لنا والحربُ قائمة ؛ كما مر .

نعم ؛ يرد علىٰ طرده : ما تركوه بسبب حصول خيلنا وركابنا في دارهم ؛ فإنه ليس غنيمة **في أصحِّ الوجهين عند الإمام** مع وجود الإيجاف ، وعلىٰ عكسه ما أخذ علىٰ وجه السرقة ؛ **فإن الأصحَّ في « الروضة »** في (السير) : أنه غنيمة مخمسة[5] .

(**فيقدَّم منه**) أي : من أصل المال (**السَّلَب للقاتل**) المسلم ؛ لحديث : « مَنْ قَتَلَ قَتِيلاً لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ . . فَلَهُ سَلَبُهُ » متفق عليه[6] .

ويشترط في المقتول : ألا يكون منهيّاً عن قتله ، فلو قتل صبيّاً أو امرأة لم يقاتلا . . فلا سلب ، فإن قاتلا . . استحقه **في الأصحِّ** ، ولو أعرض مستحق السلب عنه . . لم يسقط حقه منه **على الأصحِّ** ؛ لأنه متعين له .

(**وهو**) أي : السَّلَب بالتحريك (**ثياب القتيل**) التي عليه ، (**والخف والران**) وهو كالخف لكن لا قدم له ، وهو أطول من الخف يلبس للساق ، قاله في « شرح

---

(١) منهاج الطالبين (ص٥٢٢) .
(٢) الأم (٥/ ٣٠٢) .
(٣) نهاية المطلب (١١/ ٤٤٦) .
(٤) الشرح الكبير (٧/ ٣٢٨) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٥٥) .
(٥) نهاية المطلب (١١/ ٤٤٦) ، روضة الطالبين (١٠/ ٢٦٠) .
(٦) صحيح البخاري (٣١٤٢) ، صحيح مسلم (١٧٥١) عن أبي قتادة رضي الله عنه .

وَآلَاتُ ٱلْحَرْبِ كَدِرْعٍ وَسِلَاحٍ ، وَمَرْكُوبٍ وَسَرْجٍ وَلِجَامٍ ، وَكَذَا سِوَارٌ وَمِنْطَقَةٌ وَخَاتَمٌ ، وَنَفَقَةٌ مَعَهُ ، وَجَنِيبَةٌ تُقَادُ مَعَهُ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، لَا حَقِيبَةٌ مَشْدُودَةٌ عَلَى ٱلْفَرَسِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بِرُكُوبِ غَرَرٍ يَكْفِي بِهِ شَرَّ كَافِرٍ فِي حَالِ . . . .

المهذب » في (الحج)[1] ، (**وآلات الحرب ؛ كدرع**) وهو الزَّرَدِيّة ، (**وسلاح ، ومركوب وسَرْج ولِجام**) ، ومِهْماز وجُلّ ومِقْوَد ؛ لثبوت يده على ذلك حسّاً ، وسواء في المركوب كان راكبه أم قاتل راجلاً وعِنانُه بيده .

(**وكذا سِوار ومِنْطَقَة وخاتم ، ونفقة معه ، وجَنِيبة تقاد معه في الأظهر**) لأن هٰذه الأشياء متصلة به وتحت يده ، والجَنِيبة قد يحتاج إليها ، فهي كركوبه الذي أمسكه بعنانه وهو يقاتل راجلاً ، **والثاني** : لا ؛ لأنه ليس مقاتلاً بها ، فأشبه ما في خيمته .

ويجري الخلاف أيضاً : في الطوق والهِمْيَان الذي فيه النفقة .

واحترز بقوله : (ونفقة معه) : عما إذا كانت في رَحْله ، **وقوله** : (وجنيبة) قد يفهم : أنه لو كان معه جنائب . . لا يستحق إلا واحدة ، وهو ما نقله الرافعي عن أبي الفرج الزاز ، ثم قال : **فعلىٰ هٰذا** : يبقى النظر في أن السلب أيتها هل يعينها الإمام أم يقرع ؟ وقال المصنف : تخصيص أبي الفرج بجنيبة **فيه نظر** ، وإذا قيل به . . فينبغي : أن يختار القاتل جنيبة منها ؛ لأن كلَّ واحدة جنيبة ، **هٰذا هو المختار** ، **بل الصواب** ، بخلاف ما أبداه . انتهىٰ[2] .

(**لا حقيبةٌ مشدودة على الفرس على المذهب**) وما فيها من نقد ومتاع ؛ إذ ليست من لباسه ولا حليه ولا حلي فرسه ، **والطريق الثانية** : طرد القولين في الجنيبة[3] ، واختار السبكي : دخولها في السلب .

والحَقِيبة ـ بفتح الحاء المهملة وكسر القاف ـ : وعاء يجمع فيه المتاع يجعل علىٰ حقو البعير .

(**وإنما يَسْتحِق**) السلبَ (**بركوب غرر يَكفي به شرَّ كافر**) أصلي (**في حال**

---

(١) المجموع (٧/ ٢٢٧) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٦٢) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٧٥) .

(٣) في (هـ) : (طرد القولين في الحقيبة) .

ٱلْحَرْبِ ، فَلَوْ رَمَىٰ مِنْ حِصْنٍ أَوْ مِنَ ٱلصَّفِّ أَوْ قَتَلَ نَائِماً أَوْ أَسِيراً أَوْ قَتَلَهُ وَقَدِ ٱنْهَزَمَ ٱلْكُفَّارُ . فَلاَ سَلَبَ . وَكِفَايَةُ شَرِّهِ : أَنْ يُزِيلَ ٱمْتِنَاعَهُ ؛ بِأَنْ يَفْقَأَ عَيْنَيْهِ أَوْ يَقْطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، . . . .

الحرب) ، هـٰذه قيود ثلاثة بيّنها من بعدُ ، والضمير في (به) : يعود علىٰ (ركوب) أو (غرر) ، وهما سواء .

(**فلو رمىٰ من حصن أو من الصف ، أو قتل نائماً أو أسيراً ، أو قتله وقد انهزم الكفار . . فلا سلب**) لأنه في مقابلة ارتكاب الخطر والتغرير بالنفس في القتل ونحوه ، وهو منتفٍ هـٰهنا .

والمراد : انهزام الكفار بالكلية ، أما لو فروا عن قرب وكان ذلك عن خديعة ، أو تحيزوا إلىٰ فئة . . فإن حكم القتال باقٍ وليست هزيمة حقيقية ؛ كما أشار إليه الماوردي[1] ، **وهو ظاهر** .

وقوله : (من الصف) : عبارة « المحرر » (من وراء الصف) ، وكذا كتبها المصنف بخطه في « المنهاج » ، ثم ضرب علىٰ لفظة (وراء) ، والصورتان في « الروضة » و« الشرحين »[2] ، فأتى « المنهاج » بما ليس في « أصله » ؛ لكونه يفهم منه ما في « أصله » من طريق الأولىٰ ، قال السبكي : وهو حسن لمن لا يلتزم في الاختصار معنى الأصل ، وإلا . . لم يحسن .

(**وكفاية شره : أن يزيل امتناعه ؛ بأن يفقأ عينيه ، أو يقطع يديه ورجليه**) فإنه صلى الله عليه وسلم أعطىٰ سلب أبي جهل لمثخنه دون قاتله[3] ، **فدل علىٰ أن المناط** : كفاية الشر .

وعبارة « الروضة » : (بأن يعميه) ، وهي أحسن من تعبير « المنهاج » ؛ لشمولها مَن بعين واحدة ، ومن ضرب رأسه فأذهب ضوء عينيه ، وعبارة « المحرر » : (أن يقتله ، أو يزيل امتناعه)[4] ، فاقتصر المصنف **على** الثاني ؛ ليفهم الأولىٰ من باب أولىٰ .

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٤٤٠) .
(٢) المحرر (ص٢٨٣) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٧٢) ، الشرح الكبير (٧/ ٣٥٧_٣٥٨) .
(٣) أخرجه البخاري (٣١٤١) ، ومسلم (١٧٥٢) عن عبد الرحمـٰن بن عوف رضي الله عنه .
(٤) روضة الطالبين (٦/ ٣٧٣) ، المحرر (ص٢٨٣) .

وَكَذَا لَوْ أَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ أَوْ رِجْلَيْهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلاَ يُخَمَّسُ ٱلسَّلَبُ عَلَى ٱلْمَشْهُورِ . وَبَعْدَ ٱلسَّلَبِ تُخْرَجُ مُؤْنَةُ ٱلْحِفْظِ وَٱلنَّقْلِ وَغَيْرِهِمَا ، ثُمَّ يُخَمَّسُ ٱلْبَاقِي : ....

(**وكذا لو أسره ، أو قطع يديه أو رجليه في الأظهر**) أما في الأسر . . فلأنه أبلغ من القتل ، وأما القطع . . فكما لو فقأ عينيه ، **والثاني** : لا ، أما في الأسر . . فلأن شره لم يندفع كله ، وأما في الباقي . . فلأنه قد يقاتل راكباً بعد قطع الرجلين بيديه ، وبعد قطع اليدين قد يهرب ويجمع القوم .

ويجري الخلاف : فيما لو قطع يداً ورجلاً .

وترك بعضهم الخلاف علىٰ حالين ؛ إن لم يبق فيه قتال . . استحق ، وإن بقي . . فلا ، وصححه الإمام[1] .

وصورة **مسألة الأسير** : أن يقتله الإمام أو يمن عليه ، فيكون سلبه لمن أسره ، فلو استرقه أو فاداه بمال . . فهل تكون رقبته أو المال المفادىٰ به لمن أسره ؟ قولان ، قال الرافعي : **ويشبه أن يكون الأظهر هنا** : المنع ، وأطلق تصحيحه في « الشرح الصغير »[2] .

(**ولا يخمس السلب على المشهور**) لأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ به للقاتل ولم يخمسه ، رواه أبو داوود وصححه ابن حبان ، وفي « مسلم » : « لَهُ سَلَبُهُ أَجْمَعُ »[3] ، **والثاني** : يخمس ؛ لإطلاق الآية كغيره من الغنيمة ، فيدفع خمسه إلىٰ أهل الخمس ، والباقي للقاتل .

(**وبعد السلب تخرج مؤنة الحفظ والنقل وغيرهما**) من المؤن اللازمة ؛ كأجرة حمّال وراعٍ ونحوه ؛ للحاجة إليها ، (**ثم يخمس الباقي**) فيجعل خمسة أقسام متساوية ، ويؤخذ خمس رقاع ويكتب علىٰ واحدة : لله أو للمصالح ، وعلىٰ أربعة : للغانمين ، وتدرج في بنادق من طين أو شمع متساوية ، ويجففها ، ويخرج لكل سهم

---

(١) نهاية المطلب (١١/ ٤٥٣) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٥٩) .

(٣) سنن أبي داوود (٢٧١٧) ، صحيح ابن حبان (٤٨٠٥) عن أبي قتادة رضي الله عنه ، صحيح مسلم (١٧٥٤) عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه .

فَخُمُسُهُ لِأَهْلِ خُمُسِ ٱلْفَيْءِ يُقَسَّمُ كَمَا سَبَقَ . وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ ٱلنَّفَلَ يَكُونُ مِنْ خُمُسِ ٱلْخُمُسِ ٱلْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ إِنْ نَفَلَ مِمَّا سَيُغْنَمُ فِي هَـٰذَا ٱلْقِتَالِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يُنَفِّلَ مِنْ مَالِ ٱلْمَصَالِحِ ٱلْحَاصِلِ عِنْدَهُ ، ....

رقعة ، فما خرج لله . . جعل بين أهل الخمس علىٰ خمسة ، ويقسم الباقي على الغانمين ؛ كما سيأتي .

ويقسم للغانمين قبل قسمة الخمس علىٰ أربابه ؛ لأنهم حاضرون ومحصورون ، وكلام المصنف : قد يوهم خلافه .

قال الرافعي : ولا يكره قسمتها في دار الحرب ، قال المصنف : بل يستحب ، بل في « التهذيب » وغيره : يكره التأخير إلىٰ دار الإسلام من غير عذر[1] .

(**فخمسه لأهل خمس الفيء يقسم كما سبق**) في قسم الفيء .

(**والأصحُّ** : أن **النفل**) بفتح النون والفاء وإسكانها (**يكون من خمس الخمس المرصد للمصالح**) لرواية الشافعي عن مالك عن أبي الزناد : أنه سمع سعيد بن المسيب يقول : (كان الناس يعطون النفل من الخمس) ، قال الشافعي : يريد : من خمس النبي صلى الله عليه وسلم[2] .

والثاني : من أصل الغنيمة ؛ كالسلب ، **والثالث** : من أربعة أخماسها ؛ كالمصحح في الرَّضْخ .

(**إن نفل مما سيغنم في هـٰذا القتال**) أي : هـٰذا الخلاف إذا شرط مما سيغنم في هـٰذا القتال ؛ وفاء بالشرط والوعد ، ويغتفر الجهل به ، فيشترط الربع أو الثلث أو غيرهما .

وقوله : (نفل) : قال السبكي : يجوز فيه التشديد إذا عديته إلى اثنين ، والتخفيف إذا عديته إلىٰ واحد ، وقد كتب المصنف عليه بخطه : (خف) لأن معناه : جعل النفل .

(**ويجوز أن ينفل من مال المصالح الحاصل عنده**) في بيت المال ومما يتجدد فيه ؛

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٦٣) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٧٦) .
(٢) الأم (٥/ ٣١٢) .

وَٱلنَّفَلُ : زِيَادَةٌ يَشْرِطُهَا ٱلإِمَامُ أَوِ ٱلأَمِيرُ لِمَنْ يَفْعَلُ مَا فِيهِ نِكَايَةٌ فِي ٱلْكُفَّارِ ، وَيَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ . وَٱلأَخْمَاسُ ٱلأَرْبَعَةُ عَقَارُهَا وَمَنْقُولُهَا لِلْغَانِمِينَ ، ....

لأن ذلك من جملة المصالح ، ولا تغتفر الجهالة حينئذٍ ، بل لا بدَّ أن يكون معلوماً ؛ فإنه جعالة ولا ضرورة إلى احتمال الجهل في الجعل .

وقضية كلامه : التخيير بين خمس الخمس والمصالح ، قال الرافعي : **والأشبه** : أن يجتهد ويراعي المصلحة[1] .

(**والنفل : زيادة يشرطها الإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه نكاية في الكفار**) أي : نكاية زائدة علىٰ ما يفعله بقية الجيش ، وكذا توقع ظفر ودفع شر ؛ كالتقدم علىٰ طليعة ، أو التهجم علىٰ قلعة أو الدلالة عليها ، ولحفظ مكمن وتجسيس حال وشبهها ، وإنما يفعل ذلك إذا مست الحاجة إليه ؛ لكثرة العدو وقلة المسلمين واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن .

وقوله : (**يشرطها الإمام أو الأمير**) يوهم : أنه لا بدَّ من شرطه له أولاً قبل الإقدام ، **وهـٰذا أحد قسمي النفل** ، **والقسم الثاني** : أن ينفل من ظَهَر منه أثر محمود ؛ كمبارزة وحسن إقدام ، فيزيده علىٰ سهمه ما يليق بالحال ، لكن هـٰذا يتعين من سهم المصالح .

(**ويجتهد**) الإمام (**في قدره**) بحسب قلة العمل وكثرته وخطره وضده ؛ لما روي : أنه صلى الله عليه وسلم كان ينفل في البداءة الربع ، وفي القفول الثلث ، صححه الترمذي[2] .

و(**البداءة**) : التي تتقدم الجيش ، و(**القفول**) : الرجوع ، والخطر فيه أعظم .

ويجوز الزيادة على الثلث والنقص عن الربع بحسب الاجتهاد .

(**والأخماس الأربعة عقارها ومنقولها للغانمين**) لإطلاق الآية والأخبار ، وعملاً بفعله صلى الله عليه وسلم في أرض خيبر[3] .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٥٠) .

(٢) سنن الترمذي (١٥٦١) ، وأخرجه ابن ماجه (٢٨٥٢) عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٣١٣٦) ، ومسلم (٢٥٠٢) عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه .

وَهُمْ : مَنْ حَضَرَ ٱلْوَقْعَةَ بِنِيَّةِ ٱلْقِتَالِ وَإِنْ لَمْ يُقَاتِلْ . وَلاَ شَيْءَ لِمَنْ حَضَرَ بَعْدَ ٱنْقِضَاءِ ٱلْقِتَالِ ، وَفِيمَا قَبْلَ حِيَازَةِ ٱلْمَالِ وَجْهٌ . . . .

(وهم) أي : الغانمون (من حضر الوقعة) ولو في أثنائها قبل الانقضاء ولو عند الإشراف على الفتح (بنية القتال وإن لم يقاتل) لقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : (الغنيمة لمن شهد الوقعة) ، رواه الشافعي[١] .

وهـٰذا الضابط : يشمل العبد والمرأة والصبي والكافر ، فلو قال : (ممن يسهم له) كما فعل في « الروضة ».. لخرجوا[٢] ، قال السبكي : ويحتمل : إبقاء الكلام علىٰ عمومه ومن يرضخ لهم من جملة الغانمين ، فلا حاجة إلىٰ إخراجهم .

واحترز بقوله : (بنية القتال) : عن الغلمان ونحوهم ممن لم ينو القتال ولا قاتل .

وأورد علىٰ مفهوم كلام المصنف صور : **منها** : لو دخل الإمام أو نائبه دار الحرب بجيش فوقعت سرية في ناحية فغنمت .. شاركها جيش الإمام ، وبالعكس ؛ لاستظهار كلٍّ منهما بالآخر ، **ومنها** : لو بعث جاسوساً فغنم الجيش قبل رجوعه .. شاركهم **في الأصحِّ** ، **ومنها** : لو أمر الإمام بعض العسكر ليحرس من هجوم عدو أو أفرد من الجيش كميناً .. فإنه يسهم لهم وإن لم يحضروا الوقعة ؛ لأنهم في حكمهم .

وعلىٰ منطوقه : المنهزم الغير المتحرف لقتال ولا متحيز إلىٰ فئة ولم يعد ؛ فإنه لا يستحق شيئاً مع حضوره ، أما إذا أعان قبل انقضاء الوقعة .. استحق من المحرز بعده فقط ، قاله البغوي وأقراه[٣] .

والمخذِّل والمرجف والخائن ـ وهو من يتجسس للكفار ويراسلهم بالعورات ـ .. فلا يستحقون شيئاً ، **وفي استثناء المخذل والمرجف نظر** ؛ لتضاد قصده ونية القتال .

(**ولا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال**) لما تقدم ، (**وفيما قبل حيازة المال**) وبعد انقضاء الوقعة (وجه) : أنه يعطىٰ ؛ لأنه لحق قبل تمام الاستيلاء ، **والأصحُّ** : المنع ؛ لعدم شهود الوقعة ، قال في « الكفاية » : والخلاف راجع إلىٰ أن القسمة تملك

---

(١) الأم (٩/ ١٧٦) ، وأخرجه البيهقي (٩/ ٥٠) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٣٣٩٠٠) .
(٢) روضة الطالبين (٦/ ٣٧٧) .
(٣) التهذيب (٥/ ١٧٤) ، الشرح الكبير (٧/ ٣٦٥) ، روضة الطالبين (٦/ ٣٧٧) .

وَلَوْ مَاتَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ ٱنْقِضَائِهِ وَٱلْحِيَازَةِ . . فَحَقُّهُ لِوَارِثِهِ ، وَكَذَا بَعْدَ ٱلِانْقِضَاءِ وَقَبْلَ ٱلْحِيَازَةِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ مَاتَ فِي ٱلْقِتَالِ . . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ لاَ شَيْءَ لَهُ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ ٱلأَجِيرَ لِسِيَاسَةِ ٱلدَّوَابِّ وَحِفْظِ ٱلأَمْتِعَةِ ، وَٱلتَّاجِرَ وَٱلْمُحْتَرِفَ يُسْهَمُ لَهُمْ إِذَا قَاتَلُوا . . . .

بانقضاء الحرب ، أو به وبالحيازة[1] .

(**ولو مات بعضهم بعد انقضائه والحيازة . . فحقه لوارثه**) كسائر الحقوق ، وهـٰذا علىٰ قولنا : إنه يملك بالانقضاء أو بالحيازة . . واضحٌ ، فإن قلنا : لا يملك إلا بالقسمة أو باختيار التملك **علىٰ ما هو الصحيح في** (**السير**)[2] . . قال ابن الرفعة : **فينبغي أن يقال** : ينتقل للورثة حق التملك ؛ كالأخذ بالشفعة لا الملك . انتهىٰ[3] ، وعبارة المصنف مخلصة ؛ لشمولها الأمرين .

(**وكذا بعد الانقضاء وقبل الحيازة في الأصحِّ**) **الخلاف مبني** : علىٰ أن حق التملك يحصل بانقضاء الحرب ، أو به مع الحيازة ، **فعلى الأول** : نعم ، **وعلى الثاني** : لا .

(**ولو مات في**) أثناء (**القتال . . فالمذهب : أنه لا شيء له**) **هـٰذا هو المنصوص** ، ونص في موت الفرس حينئذ : أنه يستحق سهمها[4] ، فقيل : قولان فيهما بالنقل والتخريج ، **والأصحُّ** : تقرير النصين .

والفرق : أن الفارس متبوع ، فإذا مات . . فات الأصل ، والفرسَ تابع ، فإذا مات . . جاز أن يبقىٰ سهمه للمتبوع .

وقيل : إن حصلت حيازة المال بقتال جديد . . لم يستحق فيهما ، أو بذلك القتال السابق . . استحق فيهما .

(**والأظهر : أن الأجيرَ لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة ، والتاجرَ والمحترفَ . . يسهم لهم إذا قاتلوا**) لشهودهم الوقعة وقتالهم ، **والثاني** : لا ؛ لأنهم لم يحضروا للجهاد .

---

(١) كفاية النبيه (١٦/ ٤٧٨ـ ٤٨٠) .
(٢) منهاج الطالبين (ص٥٢٢) .
(٣) كفاية النبيه (١٦/ ٤٧٨ـ ٤٨١) .
(٤) مختصر المزني (ص١٤٩ـ ١٥٠) .

وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ ، وَلِلْفَارِسِ ثَلاَثَةٌ . وَلاَ يُعْطَىٰ إِلاَّ لِفَرَسٍ وَاحِدٍ عَرَبِيّاً كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ، لاَ لِبَعِيرٍ وَغَيْرِهِ . . . .

وقوله : (لسياسة الدواب) أي : شهراً مثلاً ، فيخرج : العمل في الذمة بغير مدة ؛ كخياطة ؛ فإنه يستحق جزماً ، ويخرج : الأجير للجهاد ؛ فإنه إن صححنا الإجارة . . فلا سهم له ولا رَضْخ ، وإن لم نصححها ـ **و هو الصحيح** ـ . . ففي استحقاق السهم وجهان ؛ **أصحهما في « الشرح الصغير »** : المنع .

واعلم : **أن ظاهر كلام « الروضة » و« أصلها »** : أن الأجير لسياسة الدواب يستحق السهم **على الأظهر** وإن لم يقاتل ، بخلاف التاجر ؛ فإنه إنما يستحق إذا قاتل[1] ، وهو مخالف لما اقتضاه كلام « الكتاب » من تساويهم في التفصيل .

(**وللراجل سهم ، وللفارس ثلاثة**) لأنه صلى الله عليه وسلم قسم يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهماً ، متفق عليه[2] ، وسواء في الفارس إذا كان من أهل فرض القتال قاتل علىٰ فرسه أم لا إذا كان مهيئاً للقتال ، وسواء أكانت الفرس مملوكة له أم مستأجرة أم مستعارة أم مغصوبة ، **وقيل** : إن سهم الفرس المغصوب لمالكها ، **وصححه السبكي** .

(**ولا يعطىٰ إلا لفرس واحد**) لأنه صلى الله عليه وسلم لم يعط الزبير إلا لفرس وقد حضر يوم خيبر بأفراس ، رواه الشافعي[3] ، **وقيل** : **يعطىٰ لفرسين بلا زيادة** .

(**عربيّاً كان أو غيره**) كالبرذون ؛ وهو ما أبواه عجميان ، و(الهجين) وهو ما أبوه عربي دون أمه ، و(المقرف) عكسه ؛ لأن الكر والفر يقع منها كلِّها ، فلا يضر تفاوتها ؛ كالرجال ، (**لا لبعير وغيره**) كالفيل والبغل والحمار ؛ لأنها لا تصلح للحرب صلاحيةَ الخيل ، ولا يتأتىٰ بها الكر والفر ، واستأنسوا له بقوله تعالىٰ : ﴿ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ ﴾ ، فخصّها بالذكر .

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣٨٠ ، ٣٨٢) ، الشرح الكبير (٧/ ٣٦٨ـ ٣٧٠) .

(٢) صحيح البخاري (٢٨٦٣) ، صحيح مسلم (١٧٦٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) أخرجه الإمام الشافعي في القديم علىٰ ما نقله عنه الإمام البيهقي (٦/ ٣٢٨ـ ٣٢٩) ، وانظر « البدر المنير » (٧/ ٣٥١ـ ٣٥٢) .

وَلاَ يُعْطَىٰ لِفَرَسٍ أَعْجَفَ وَمَا لاَ غَنَاءَ فِيهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُعْطَىٰ إِنْ لَمْ يُعْلَمْ نَهْيُ ٱلأَمِيرِ عَنْ إِحْضَارِهِ . وَٱلْعَبْدُ وَٱلصَّبِيُّ وَٱلْمَرْأَةُ وَٱلذِّمِّيُّ إِذَا حَضَرُوا . . فَلَهُمُ ٱلرَّضْخُ ، وَهُوَ : دُونَ سَهْمٍ يَجْتَهِدُ ٱلإِمَامُ فِي قَدْرِهِ ، . . . .

نعم ؛ يرضخ لهٰذه الدواب ويفاوت بينها ، ولا يبلغ سهم فرس .

(**ولا يعطىٰ لفرس أعجفَ**) أي : مهزولٍ ، (**وما لا غَنَاء فيه**) لعدم فائدته ، (**وفي قول : يعطىٰ إن لم يعلم نهي الأمير عن إحضاره**) كما يسهم للشيخ الهرم الضعيف إذا حضر .

وفرق الأول : بأن الشيخ ينتفع برأيه ودعائه ، بخلافه .

ومحلُّ الخلاف : إذا تأتىٰ ركوبه ، وإلا . . لم يعط قطعاً ، **وأفهم** : أنه إذا علم نهي الأمير عن إحضاره . . لا يسهم له قطعاً ، وهو كذلك ، قال الأَذْرَعي : وكذا أقول إذا علم نهي الشارع عنه .

والمراد بعدم إعطائه : أنه لا يسهم له ، وإلا . . فيرضخ له .

(**والعبد والصبي والمرأة والذمي إذا حضروا . . فلهم الرّضْخ**) لأنه صلى الله عليه وسلم أعطى العبيد ، صححه الترمذي(١) ، وأعطى النساء والصبيان بخيبر ، رواه البيهقي مرسلاً(٢) ، وأسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه ، رواه أبو داوود(٣) ، وهو محمول على الرضْخ .

والرضخ مستحق ، **وقيل** : مستحب .

وسواء أذن السيد والولي والزوج في الحضور أم لا ، والرضْخُ لسيد العبد وإن لم يأذن ، والخنثىٰ كالمرأة ، والمبعض هل يرضخ له أو يلحق بالحر ؟ قال ابن الملقن : (**فيه نظر** ، ولم أره منقولاً)(٤) .

(**وهو : دون سهم يجتهد الإمام في قدره**) لأنه لم يرد فيه تحديد ، فرجع إلىٰ رأيه .

---

(١) سنن الترمذي (١٥٥٧) ، وأخرجه البيهقي (٩/ ٥٣) عن عُمير مولىٰ آبي اللحم رضي الله عنهما .
(٢) سنن البيهقي (٩/ ٥٣) عن مكحول وخالد بن معدان رحمهما الله تعالىٰ .
(٣) في « مراسيله » (٢٧٠) ، وأخرجه الترمذي (١٥٥٨) مرسلاً عن الزهري رحمه الله تعالىٰ .
(٤) عجالة المحتاج (٣/ ١١٣٨) .

وَمَحَلُّهُ : ٱلأَخْمَاسُ ٱلأَرْبَعَةُ فِي ٱلأَظْهَرِ . **قُلْتُ** : إِنَّمَا يُرْضَخُ لِذِمِّيٍّ حَضَرَ بِلاَ أُجْرَةٍ ، وَبِإِذْنِ ٱلإِمَامِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

ولا يبلغ برضخ الراجل سهمه ، وهل يبلغ برضخ الفارس سهم الراجل ؟ وجهان ؛ كبلوغ تعزير الحر حدَّ العبد ، قاله في « الروضة » ، **وقضيته** : ترجيح إبلاغه ، وصححه الماوردي في (السير) ؛ كما نقله ابن الرفعة في « الكفاية » ، لكن نقل في « أصل الروضة » هنا عن الماوردي : القطع بمنع إبلاغه[1] ، فاختلف النقل عن الماوردي ، فليحرر ، ولعل كلام الماوردي اختلف هنا وفي (السير)[2] .

(**ومحله : الأخماس الأربعة في الأظهر**) لأنه سهم من الغنيمة يستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص ، **والثاني** : أنه من أصل الغنيمة ؛ كالمؤنة ، **والثالث** : من خمس الخمس سهم المصالح .

(**قلت : إنما يُرضَخ لذمي حضر بلا أجرة ، وبإذن الإمام**) أو الأمير (**على الصحيح ، والله أعلم**) فإن حضر بأجرة . . فله الأجرة فقط جزماً ؛ لأنه أخذ عن حضوره بدلاً فلا يقابل ببدل آخر ، وإن حضر بلا إذن الإمام أو الأمير . . فلا رضخ ، بل يعزره الإمام إن رآه ، **وهـٰذا محلُّ قول المصنف** : (**على الصحيح**) .

ومقابله : أنه يستحق وإن لم يأذن ؛ لأنه من سكان دارنا ، **وقيل** : إن قاتل . . استحق ، وإلا . . فلا[3] .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٦/ ٣٧٠) ، كفاية النبيه (١٦/ ٥١٣) .

(٢) قال في « العجالة » [٣/ ١١٣٨] : (ولا يبلغ به سهم راجل إن كان ممن يرضخ له راجلاً ، وإن كان فارساً . . فكذا على الأصح ، قاله الماوردي في « كتاب السير ») انتهىٰ ، وما نقله عن الماوردي من تصحيح المنع في (كتاب السير) . . غلط ، وصوابه : ما نقلناه عنه من تصحيح الإبلاغ .
نعم ؛ نقل الشيخان هنا عن الماوردي : القطع بالمنع ؛ كما بيناه . اهـ هامش (أ) .

(٣) بلغ مقابلة علىٰ خط مؤلفه ، عفا الله عنه . اهـ هامش (أ) .

كتاب قسم الصّدقات

ٱلْفَقِيرُ : مَنْ لاَ مَالَ لَهُ وَلاَ كَسْبَ يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَلاَ يَمْنَعُ ٱلْفَقْرَ مَسْكَنُهُ وَثِيَابُهُ ، . . . .

(كتاب قسم الصدقات)

سميت بذلك ؛ لإشعارها بصدق باذلها ، وتطلق على الواجبة والتطوع ، والكتاب واف بالنوعين ، ذكر النوع الثاني في فصل مفرد ، وجمع الصدقة ؛ لاختلاف أنواعها من ماشية وحب وتمر ونقد وغيرها .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾ الآية .

(الفقير : من لا مال له ولا كسب يقع موقعاً من كفايته)[1] كلام المصنف هنا مفلت ، فإنه لم يذكر ما يربطه ، بخلاف « المحرر » فإنه افتتح الباب بقوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ ﴾ الآية ثم شرع في تعيين ما اقتضت الآية استحقاقهم[2] .

والذي لا يقع موقعاً من الكفاية : أن يحتاج إلىٰ عشرة ويجد منها درهمين أو ثلاثة .

(ولا يمنع الفقر مسكنه) الذي هو ملكه (وثيابه) ولو ما يلبسه للتجمل وإن تعدد إذا احتاج إليه ، وكذا العبد المحتاج إلىٰ خدمته ، كما نقله في « زيادة الروضة » عن ابن كج وقال : **إنه متعين** . ولو لم يكن له ذلك واحتاج إلىٰ شرائها ومعه ثمنها قال السبكي : لم أر فيه نقلاً ، ويظهر أنه كوفاء الدين ، وقد صرح البغوي في « فتاويه » : بأنه لا يعطىٰ من سهم الفقراء حتىٰ يصرف ما عنده في الدين ، لكن قال الرافعي : إنه يمكن أن يقال : القدر الذي يؤدىٰ به الدين لا عبرة به في منع الاستحقاق ؛ كما لا عبرة به في وجوب نفقة القريب ، وكذا في الفطرة على الوجه الذي مر في موضعه .

---

(١) في غير (أ) : (من حاجته) .
(٢) المحرر (ص٢٨٥) .

وَمَالُهُ ٱلْغَائِبُ فِي مَرْحَلَتَيْنِ ، وَٱلْمُؤَجَّلُ ، وَكَسْبٌ لاَ يَلِيقُ بِهِ . وَلَوِ ٱشْتَغَلَ بِعِلْمٍ وَٱلْكَسْبُ يَمْنَعُهُ . فَفَقِيرٌ ، . . . .

انتهىٰ[1] ، وما ذكره فيه نظر ، فإن نفقة القريب واجبة مع الدين ؛ كما ذكروه في الفلس ، وذلك يقتضي الغنىٰ ، وإنما يصح الاحتجاج أن لو كانت نفقة القريب لا تجب مع الدين ، ولهـٰذا قال في « المطلب » : الحق ما قاله البغوي ، وأما الفطرة . . فمنعُ الدين لها وجه ، كما قاله الإمام ، ونقل الاتفاق عليه[2] ، والمرجح خلافه ، كما مر في (باب زكاة الفطر) وقد نص عليه في « الأم » أيضاً بناء علىٰ أن الدين لايمنع وجوب الزكاة[3] ، ولو اعتاد السكنىٰ بالأجرة ، أو في مدرسة ولا ضرورة إلىٰ شرائه ملكاً . . **فالظاهر** : خروجه عن اسم الفقر به .

(**وماله الغائب في مرحلتين**) بل له الأخذ حتىٰ يصل إليه ؛ لأنه معسر الآن ، قال السبكي : ويحتاج القول بالأخذ مع ماله الغائب إلىٰ دليل .

نعم ؛ إن لم يجد من يقرضه . . جاز الأخذ ، وقال الأَذْرَعي : يجوز أن يقال : إذا لم يجد من يقرضه أن يقرضه الإمام من بيت المال ؛ كما قيل بمثله في نفقة اللقيط ، قال : وأما إعطاؤه باسم الفقير . . فبعيد جدّاً ؛ لأنه غني شرعاً وعرفاً .

(**والمؤجل**) لا يمنع الفقر أيضاً ، فله الأخذ إلىٰ حلوله ، (**وكسب لا يليق به**) أي : بحاله ومروءته ؛ لأنه يخل بمروءته ، فكان كالعدم .

(**ولو اشتغل بعلم**) شرعي ؛ كما قاله في « الروضة » (**والكسب يمنعه . . ففقير**) لأن تحصيله فرض كفاية ، كذا جزم به الرافعي ، وقال المصنف : هـٰذا هو المعروف ، وذكر الدارمي : أوجهاً ؛ **ثالثها** : يستحق النجيب المرجو النفع به لا غيره ، ثم قالا : وأما من لا يتأتىٰ منه التحصيل . . فلا يعطىٰ إن قدر على الكسب[4] ، قال السبكي : وهـٰذا يحتمل حمله علىٰ بعض ما قاله الدارمي ، أو يكون هـٰذا فيمن لا يشتغل البتة ، وذاك مشتغل .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٣٧٦ـ ٣٧٧) .
(٢) نهاية المطلب (٣/ ٤٠١) .
(٣) الأم (٣/ ١٦٥) .
(٤) روضة الطالبين (٢/ ٣٠٨ـ ٣٠٩) ، الشرح الكبير (٧/ ٣٧٧) .

وَلَوِ ٱشْتَغَلَ بِٱلنَّوَافِلِ . . فَلاَ . وَلاَ يُشْتَرَطُ فِيهِ ٱلزَّمَانَةُ وَلاَ التَّعَفُّفُ عَنِ ٱلْمَسْأَلَةِ عَلَى ٱلْجَدِيدِ . وَٱلْمَكْفِيُّ بِنَفَقَةِ قَرِيبٍ أَوْ زَوْجٍ لَيْسَ فَقِيراً فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْمِسْكِينُ : مَنْ قَدَرَ عَلَىٰ مَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ كِفَايَتِهِ . . . .

واحترز بقوله : (والكسب يمنعه) عما لو كان لا يمنعه ، فلا يعطىٰ إذا كان يليق به ، ومثله في « البسيط » بالتكسب بالوراقة ؛ يعني : النسخ .

(**ولو اشتغل بالنوافل**) المطلقة (. . **فلا**) لأن نفعها قاصر عليه ، بخلاف العلم ، وادعىٰ في « شرح المهذب » الاتفاق عليه[1] ، لكن في « فتاوى القفال » أن المستغرق الوقت بالعبادة والصلاة آناء الليل والنهار يحل له أخذ الزكاة وإن كان قويّاً ، أما غيره . . فلا وإن كان صوفيّاً .

(**ولا يشترط فيه**) أي : في الفقير (**الزمانة ولا التعفف عن المسألة على الجديد**) فيهما ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أعطىٰ من لم يسأل ومن سأل ، ولم يكن زمناً ، وللحاجة ، **والقديم** : **الاشتراط** ؛ لأنه إذا لم يكن زمناً . . تمكن من نوع اكتساب ، وإذا سأل . . أعطي ، قال الإمام : وإذا اشترطت الزمانة . . ففي اشتراط العمىٰ : وجهان ؛ لأن الزمن البصير قد يتأتىٰ من الحراسة[2] .

(**والمكفيُّ بنفقة قريب ، أو زوج ليس فقيراً**) ولا مسكيناً (**في الأصحِّ**) لاستغنائه بالنفقة ، **والثاني** : نعم ؛ لاحتياجه إلىٰ غيره ، والخلاف في القريب إذا أعطاه غير قريبه المنفق من سهم الفقراء والمساكين ، ويجوز أن يعطيه من غيرهما قطعاً ، وأما لمنفق . . فليس له إعطاؤه لأجل نفسه من سهم الفقراء و المساكين قطعاً ، وله إعطاؤه من غيرهما بشرطه ؛ لأنه لا يعطى ابن السبيل إلا ما زاد بسبب السفر[3] ، وأما الزوجة الحرة . . فالوجهان جاريان في إعطاء الزوج وغيره ؛ لأنه لا يدفع به نفقتها عن نفسه ، بخلاف قريبه .

(**والمسكين : من قدر علىٰ مال أو كسب يقع موقعاً من كفايته**) وكفاية من تلزمه

---

(١) المجموع (٦/١٧٨) .

(٢) نهاية المطلب (١١/٥٤٠) .

(٣) في (و) : (إلا أنه لا يعطى ابن السبيل) .

وَلاَ يَكْفِيهِ . وَٱلْعَامِلُ : سَاعٍ ، وَكَاتِبٌ ، وَقَاسِمٌ ، وَحَاشِرٌ يَجْمَعُ ذَوِي ٱلأَمْوَالِ ، لاَ ٱلْقَاضِي وَٱلْوَالِي . وَٱلْمُؤَلَّفَةُ : مَنْ أَسْلَمَ وَنِيَّتُهُ ضَعِيفَةٌ ، أَوْ لَهُ شَرَفٌ يُتَوَقَّعُ بِإِعْطَائِهِ إِسْلاَمُ غَيْرِهِ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ مِنَ ٱلزَّكَاةِ . . . .

نفقته (**ولا يكفيه**) كمن يريد عشرة فيجد ثمانية ، أو يقدر علىٰ كسبها ، أو له عقار يغلها ، فيعطى التتمة ، ولا يكلف بيعه ، **والمعتبر في كل ذلك** : ما يليق بالحال بلا إسراف ولا تقتير ، **والمراد** : عدم كفايته سنة ، كما أفتىٰ به البغوي وابن الصلاح والمصنف في « فتاويه » غير المشهورة[1] ، فمن معه كفاية سنة . . لا يعطىٰ شيئاً ؛ لأنه ليس مسكيناً حينئذ وإن كنا نعطيه كفاية العمر الغالب لو نقص ما معه عن السنة ، وقد علم من كلام المصنف أن الفقير أسوأ حالاً من المسكين ، وعكس أبو حنيفة التفسيرين ، ولا يظهر للخلاف فائدة في الزكاة ، إنما يظهر في الوصية والنذر ؛ كما إذا أوصىٰ أو نذر للفقراء دون المساكين ، أو عكسه .

(**والعامل : ساعٍ ، وكاتب ، وقاسم ، وحاشر يجمع ذوي الأموال**) لصدق الاسم عليه

والساعي : هو الذي يرسل إلى البلاد ؛ لأخذ الصدقات ، **والكاتب** : هو الذي يكتب ما علىٰ أرباب الأموال من مبلغ الصدقة وما أعطوه ، أو يكتب لهم براءةً بالأداء ، **والحاشر** : اثنان : **أحدهما** : ما ذكره ، **والثاني** : من يجمع أهل السهمان .

وقد يوهم كلام المصنف : الحصر فيهم ، وليس كذلك ، بل منهم الحاسب والعريف : وهو كالنقيب للقبيلة ، قال المسعودي : والجندي ؛ أي : المشد .

(**لا القاضي والوالي**) أي : والي الإقليم إذا قاما بذلك . . لم يجز لهما أخذ سهم العامل فإن عملهما عام ؛ كالإمام .

نعم ؛ إن لم يتطوعا به . . رزقهما الإمام من خمس الخمس المرصد للمصالح .

(**والمؤلفة : من أسلم ونيته ضعيفة**) فيتألف ؛ ليقوىٰ إيمانه ، (**أو له شرف يتوقع بإعطائه إسلامُ غيره**) مع حسن نيته في الإسلام .

(**والمذهب : أنهم يعطون من الزكاة**) لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ ﴾ **وفي قول** :

---

(١) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٢٦٧) .

وَٱلرِّقَابُ : ٱلْمُكَاتَبُونَ . وَٱلْغَارِمُ : إِنِ ٱسْتَدَانَ لِنَفْسِهِ فِي غَيْرِ مَعْصِيَةٍ . . أُعْطِيَ . . . . . .

لا يعطون ؛ لأن الله تعالىٰ قد أعز الإسلام عن التألف بالمال ، **وفي قول** : يعطون من المصالح لا من الزكاة .

وكان ينبغي أن يعبر بالأظهر ؛ لأن الخلاف أقوال ، كما ذكره في « الروضة » لا طرق[1] .

واحترز بقوله : (من أسلم) عن مؤلفة الكفار ، وهو من يرجىٰ إسلامه ومن يخشىٰ شره ؛ فإنهم لا يعطون من الزكاة قطعاً ، ولا من غيرها **على الأظهر** ، لكن حصره المؤلفة في هـٰذين ممنوع ، بل هم أربعة ، **الثالث** : من يقاتل من يليه من الكفار ، **والرابع** : من يقاتل مانع الزكاة ويقبضها منهم ويحملها إلى الإمام ، قال الإمام : وفي تسمية هـٰذين مؤلفة تجوز ؛ فإن قلوبهم مطمئنة إلى الإيمان[2] ، وليس بذل المال في مقابلة استمالتهم ؛ أي : وإنما هما في معنى الغزاة والعاملين ، وبهـٰذا يجاب عن إهمال المصنف لهما .

(**والرِّقاب** : **المكاتبون**) لاقترانهم مع الغارمين الآخذين ؛ لما في ذممهم ؛ كما قرن الفقراء مع المساكين ؛ لاشتراكهما في الحاجة ، وسبيل الله وابن السبيل لأخذهما لمعنىٰ مستقبل وليس المراد شراء عبيد وعتقهم ، خلافاً لمالك وأحمد ، وإنما يعطى المكاتب بشرطين ، **أحدهما** : كون الكتابة صحيحة ، **وثانيهما** : ألا يكون معه ما يفي بالنجم ، وقدرته على الكسب لا تمنع الصرف إليه **على الأصحِّ** ، وليس للسيد صرف زكاته إلىٰ مكاتبه على الصحيح .

(**والغارم** : **إن استدان لنفسه**) أي : لغرض نفسه ؛ من أكل ولبس ، أو لحج أو جهاد ونحو ذلك (**في غير معصية** . . **أعطي**) للآية ؛ فإن كان لمعصية ؛ كالزنا وشرب الخمر . . لم يعط قبل التوبة ؛ لأنه إعانة على المعصية ، ولو استدان في معصية وصرفه في طاعة . . أعطي ، قاله الإمام ، ثم قال : ولو استدان لا لمعصية وصرفه في معصية . . أعطي إذا تحقق قصد الإباحة أولاً ، لكنا لا نصدقه عند صرفه للحرام ،

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٣١٤) .

(٢) نهاية المطلب (١١/ ٥٥١) .

قُلْتُ : ٱلْأَصَحُّ : يُعْطَىٰ إِذَا تَابَ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . وَٱلْأَظْهَرُ : ٱشْتِرَاطُ حَاجَتِهِ دُونَ حُلُولِ ٱلدَّيْنِ . **قُلْتُ** : ٱلْأَصَحُّ : ٱشْتِرَاطُ حُلُولِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

ويحتمل ألا يعطىٰ وإن عرف صدقه ؛ لأن النية إنما تؤثر إذا اقترن بها العمل[(١)] .

(**قلت : الأصحُّ : يعطىٰ إذا تاب ، والله أعلم**) لأن التوبة قطعت حكم ما قبلها ، فصار النظر إلىٰ حال وجودها ، **والثاني** : لا يعطىٰ ؛ لأنه ربما اتخذ ذلك ذريعة ، ثم يعود .

وهـٰذا استدركه المصنف ؛ لما يفهمه عموم مفهوم الشرط من قوله : (إن استدان في غير معصية) ، فإنه يفهم أن في المعصية لا يعطىٰ مطلقاً ، ولهـٰذا نقل في « الروضة » عن « المحرر » الجزم بأنه لا يعطىٰ ، **ومراده** : ما اقتضاه عموم المفهوم ، قال في « شرح المهذب » : **والظاهر** : أنه إذا غلب على الظن صدقه في توبته . . يعطىٰ وإن قصرت المدة ؛ كما جزم به الروياني[(٢)] .

(**والأظهر : اشتراط حاجته**) لأنه إنما يأخذ لحاجته ؛ كالمكاتب ، فلو وجد ما يقضي به الدين لم يعط ، **والثاني** : المنع ؛ لعموم الآية .

ومعنى الحاجة كما تقتضيه عبارة الأكثرين : كونه فقيراً لا يملك شيئاً ، قال الرافعي : وربما صرحوا به ، **والأقرب** : قول بعضهم : لا يعتبر الفقر والمسكنة ، بل لو ملك كفايته ، ولو قضىٰ منه الدين . . نقصت كفايته فيترك مما معه قدر ما يكفيه ؛ فلا يدخل في الاعتبار ، ويقضي عنه قدر ما ينقص عن الكفاية . انتهىٰ ، ووافقه في « الروضة » و« شرح المهذب »[(٣)] .

(**دون حلول الدين**) فيعطىٰ قبل محله ؛ لأنه مدين في الحال ، (**قلت : الأصحُّ : اشتراط حلوله ، والله أعلم**) لعدم حاجته إليه الآن ، وصدر كلام المصنف يقتضي : أن الخلاف قولان ، و« زيادته » تقتضي أنه وجهان ، وهو ما في « الشرحين » ، ولم يرجح في « الروضة » شيئاً[(٤)] .

---

(١) نهاية المطلب (١١/٥٥٣) .
(٢) المجموع (٦/١٩٦ـ١٩٧) .
(٣) الشرح الكبير (٧/٣٩١) ، روضة الطالبين (٢/٣١٧) ، المجموع (٦/١٩٦) .
(٤) الشرح الكبير (٧/٣٩٢) ، روضة الطالبين (٢/٣١٨) .

أَوْ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ ٱلْبَيْنِ . . أُعْطِيَ مَعَ ٱلْغِنَىٰ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ غَنِيّاً بِنَقْدٍ . . فَلَا . وَسَبِيلُ ٱللهِ : غُزَاةٌ لَا فَيْءَ لَهُمْ ، فَيُعْطَوْنَ مَعَ ٱلْغِنَىٰ . وَٱبْنُ سَبِيلٍ : مُنْشِىءُ سَفَرٍ أَوْ مُجْتَازٌ ، وَشَرْطُهُ : ٱلْحَاجَةُ وَعَدَمُ ٱلْمَعْصِيَةِ . . . .

(أو لإصلاح ذات البين) هٰذا قسيم قوله : (لنفسه) ، **وصورته** : أن يخاف فتنة بين شخصين أو قبيلتين بسبب قتيل لا يعرف قاتله ، أو مال أتلف ، فيستدين ما يسكن به الفتنة (. . أعطي مع الغنىٰ) بالعقار قطعاً ، وبالنقد **على الأصحِّ** ؛ لأنه لو شرط الفقر . . لامتنع الناس من هٰذه المكرمة .

(وقيل : إن كان غنيّاً بنقد . . فلا) إذ ليس في صرفه إلى الدين ما يهتك المروءة ، **والأصحُّ** : أنه لا فرق ؛ لما ذكرناه ، والغنىٰ بالعرض كهو بالعقار **على المذهب** ، **وقيل** : كالنقد ، وإنما يعطىٰ إذا بقي الدين ، فإن أداه من ماله أو بذل ماله ابتداءً . . لم يعط ، ولا ينحصر الغارم في المستدين ، بل الضامن إذا عسر هو والمضمون عنه أعطي ، ولو أعسر الضامن وحده وكان ضمن بغير الإذن . . أعطي ؛ وإن كان بالإذن فلا ؛ لأنه يرجع .

(وسبيل الله : غزاةٌ لا فيءَ لهم ، فيعطون مع الغنىٰ) لعموم الآية ، وإنما فسَّر سبيل الله بالغزاة ؛ لأن استعماله في الجهاد أغلب عرفاً وشرعاً ، بدليل قوله تعالىٰ في غير موضع : ﴿ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾ وقوله : (لا فيء لهم) ؛ أي : لا سهم لهم في ديوان المرتزقة ، بل هم متطوعة ، يغزون إذا نشطوا ؛ لأن من له في الفيء حقٌّ لا يصرف له من الصدقات شيء ؛ كما لا يصرف شيء من الفيء إلى المتطوعة .

(وابن سبيل[1] : منشىء سفر) من بلد الزكاة (أو مجتاز) به ؛ للآية ، وهو حقيقة في هٰذا ، مجاز في الأول ، وإعطاء الثاني : بالإجماع ، والأول : بالقياس عليه ؛ لأن مريد السفر محتاج إلىٰ أسبابه .

(وشرطه :) في الإعطاء لا في التسمية (الحاجة) فإن كان معه ما يحتاج إليه في سفره . . لم يعط ، (وعدم المعصية) لأن القصد إعانته ، ولا يعان على المعصية ،

---

(١) في (هـ) : (وابن السبيل) .

وَشَرْطُ آخِذِ ٱلزَّكَاةِ مِنْ هَـٰذِهِ ٱلأَصْنَافِ ٱلثَّمَانِيَةِ : ٱلإِسْلاَمُ ، وَأَلاَّ يَكُونَ هَاشِمِيّاً وَلاَ مُطَّلِبِيّاً ، وَكَذَا مَوْلاَهُمْ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فيعطىٰ في سفر الطاعة ، وكذا المباح **على الأصحِّ** ، وإذا سافر لمعصية ثم تاب . . التحق بقية سفره بالمباح قاله الماوردي[1] ، وألحق الإمام بسفر المعصية السفر لا لقصد صحيح ؛ كالهائم[2] ، ويوافقه قول القفال في « الفتاوىٰ » لا يجوز صرف سهم ابن السبيل إلى الصوفية ؛ لأن سفرهم لا غرض فيه سوى الكدية .

(**وشرط آخذ الزكاة من هـٰذه الأصناف الثمانية : الإسلام**) فلا تدفع لكافر بالإجماع .

(**وألا يكون هاشميّاً**) لحديث : « إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ ٱلنَّاسِ ، وَإِنَّهَا لاَ تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ ، وَلاَ لآلِ مُحَمَّدٍ » رواه مسلم[3] .

(**ولا مطلبيّاً**) لحديث : « إِنَّمَا بَنُو ٱلْمُطَّلِبِ وَبَنُو هَاشِمٍ شَيْءٌ وَاحِدٌ » رواه البخاري[4] .

وسواء منعوا حقهم من خمس الخمس أم لا ، وسواء سهم العامل وغيره **على الصحيح** فيهما .

(**وكذا مولاهم في الأصحِّ**) لحديث : « مَوْلَى ٱلْقَوْمِ مِنْهُمْ » صححه الترمذي[5] ، **والثاني** : لا ؛ لأن المنع للشرف في ذوي القربىٰ ، وهو مفقود في مواليهم .

وكلامه يوهم : حصر الشروط فيما ذكره ، وليس كذلك ، **فمنها** : الحرية فيما عدا المكاتب ، فلا يجوز دفعها إلىٰ مبعض ولو في نوبة نفسه ، خلافاً لابن القطان ، **ومنها** : أن يكون من بلد مال الزكاة علىٰ ما سيأتي ، وفي « فتاوى المصنف » : أنه

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/ ٥٨٧) .
(٢) نهاية المطلب (١١/ ٥٥٩) .
(٣) صحيح مسلم (١٠٧٢) عن عبد المطلب بن ربيعة رضي الله عنه .
(٤) صحيح البخاري (٣١٤٠) عن جبير بن مطعم رضي الله عنه .
(٥) سنن الترمذي (٦٥٧) ، وأخرجه ابن حبان (٣٢٩٣) ، والحاكم (١/ ٤٠٤) ، وأبو داوود (١٦٥٠) ، والنسائي (٥/ ١٠٧) عن أبي رافع رضي الله عنه .

فَصْلٌ

[في بيان مستند الإعطاء وقدر المعطىٰ]

مَنْ طَلَبَ زَكَاةً وَعَلِمَ ٱلإِمَامُ ٱسْتِحْقَاقَهُ أَوْ عَدَمَهُ. . عَمِلَ بِعِلْمِهِ ، وَإِلاَّ ؛ فَإِنِ ٱدَّعَىٰ فَقْراً أَوْ مَسْكَنَةً. . لَمْ يُكَلَّفْ بَيِّنَةً ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ وَٱدَّعَىٰ تَلَفَهُ. . كُلِّفَ ، وَكَذَا إِنِ ٱدَّعَىٰ عِيَالاً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

لا يجوز دفع الزكاة لتارك صلاة إذا بلغ تاركاً واستمر بل يقبضها له وليه[1] ، لكن أطلق صاحب « الذخائر » الدفع إليه إذا قلنا لا يكفر ، وأفتى ابن البَزري بجواز دفعها إلىٰ فاسق ، إلا أن يكون المدفوع إليه يعينه على المعصية ، فيحرم إعطاؤه ، وفي « فوائد ابن الصلاح » عن كتاب العماد عبد الله بن عبد الرحمـٰن المروزي من أصحابنا : أنه لا يجوز قبض الزكاة من أعمىٰ ، ولا دفعها له ، بل يوكل فيهما علىٰ أصل الشافعي رضي الله عنه ؛ لأن التمليك شرط فيه ، قال ابن الصلاح : وفساد هـٰذا ظاهر ، **وعملُ الناس علىٰ خلافه** .

* * *

(**فصل : من طلب زكاة وعلم الإمام**) أو منصوبه لتفرقتها (**استحقاقه أو عدمه . . عمل بعلمه**) ولا يخرج على القضاء بالعلم ؛ لأن الزكاة مبنية على الرفق والمساهلة ، وليس فيها إضرار بالغير ، بخلاف القضاء .

(**وإلا**) أي : وإن لم يعلم استحقاقه ولا عدمه (**فإن ادعىٰ فقراً أو مسكنة . . لم يكلف بينة**) لعسرها ، وكذا لا يحلف إن لم يتهم قطعاً ، ولا إن اتهم **على الصحيح** ، وكذا الحكم فيما لو ادعىٰ أنه غير كسوب .

(**فإن عرف له مال وادعىٰ تلفه . . كلف**) بينة ؛ إذ الأصل : بقاؤه ، قال الرافعي : ولم يفرقوا بين أن يدعي تلفه بسبب ظاهر أو خفي ؛ كالمودع[2] ، وفرق في « المطلب » بينهما : بأن الأصل هناك : عدم الضمان ، وهنا عدم الاستحقاق .

(**وكذا إن ادعىٰ عيالاً في الأصحِّ**) لإمكانها ، **والثاني** : لا يكلف ؛ كما يصدق في

---

(١) فتاوى النووي (ص٨٩) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٣٩٩) .

وَيُعْطَىٰ غَازٍ وَٱبْنُ سَبِيلٍ بِقَوْلِهِمَا ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا . . ٱسْتُرِدَّ ، وَيُطَالَبُ عَامِلٌ وَمُكَاتَبٌ وَغَارِمٌ بِبَيِّنَةٍ ، وَهِيَ : إِخْبَارُ عَدْلَيْنِ ، وَتُغْنِي عَنْهَا ٱلِاسْتِفَاضَةُ ، . . . .

فقره ، **وعلىٰ هـٰذا** : فلا بدَّ من اليمين قطعاً ، **والمراد بالعيال** : من تلزمه نفقتهم .

(**ويعطىٰ غاز وابن سبيل بقولهما**) بلا يمين ؛ لأنه لأمر مستقبل ، (**فإن لم يخرجا . . استرد**) لانتفاء صفة الاستحقاق ، ولم يتعرض الجمهور للقدر الذي يحتمل تأخيره ، وقدَّره السرخسي بثلاثة أيام ، فإن لم يخرج فيها . . استرد ، قال الرافعي : ويشبه أنها تقريب ، وأن يعتبر ترصده للخروج ، وكون التأخير لانتظار الرفقة وتحصيل الأهبة ونحوهما .

(**ويطالب عامل ومكاتب وغارم ببينة**) لأنه يدعي أمراً ظاهراً تسهل إقامة البينة عليه ، قال السبكي : ومطالبة العامل بالبينة محلها : إذا أتىٰ إلىٰ رب المال فطالبه وجهل حاله أما الإمام فإنه يعلم حاله ؛ فإنه الذي يبعثه ، فلا تتأتى البينة فيه ، **ويستثنىٰ من الغارم** : ما إذا غرم لإصلاح ذات البين لشهرة أمره ، قاله ابن الرفعة ، تبعاً لجماعة ، لكن في « البيان » : أنه لا بدَّ من البينة[1] .

(**وهي : إخبار عدلين**) أشار بقوله : (إخبار) إلىٰ أنه لا يعتبر هنا الدعوىٰ وسماع القاضي والإنكار ، ثم الشهادة بلفظها ، وهو ما حكاه الرافعي عن بعض المتأخرين ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، لكن قال ابن الرفعة : الذي يقتضيه إطلاق المتقدمين : اعتبار لفظ الشهادة ، **وقيل** : يكفي واحد .

(**وتغني عنها الاستفاضة**) لحصول العلم أو غلبة الظن بها ، واستأنسوا له بحديث : « حَتَّىٰ يَقُومَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي ٱلْحِجَىٰ مِنْ قَوْمِهِ » رواه مسلم[2] .

قال ابن داوود الصَّيْدَلاني : إنما قال ثلاثة ؛ لأنها أدنى الاستفاضة ، وتابعه الرافعي[3] ، واستغربه ابن الرفعة ، وسيأتي في (الشهادات) أن شرطها : التسامع من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب ، ومنهم من حمل الحديث على الاستظهار في الشهادة .

---

(١) كفاية النبيه (٦/ ١٧٨) ، البيان (٣/ ٤٢٥) .

(٢) صحيح مسلم (١٠٤٤) عن قَبيصة بن مُخارق رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٤٠١) .

وَكَذَا تَصْدِيقُ رَبِّ ٱلدَّيْنِ وَٱلسَّيِّدِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُعْطَى ٱلْفَقِيرُ وَٱلْمِسْكِينُ : كِفَايَةَ سَنَةٍ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ ٱلْمَنْصُوصُ ، وَقَوْلُ ٱلْجُمْهُورِ : كِفَايَةَ ٱلْعُمْرِ ٱلْغَالِبِ ، فَيَشْتَرِي بِهِ عَقَاراً يَسْتَغِلُّهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وقال صاحب « المطلب » : الذي دل عليه الخبر إثبات الحاجة والفقر فقط ، وأما الدين . . فلا يثبت بالاستفاضة قطعاً .

(**وكذا تصديق رب الدين والسيد في الأصحِّ**) لظهور الحق بالإقرار والتصديق ، **والثاني** : لا ؛ لاحتمال التواطؤ ، وسكت المصنف عن المؤلفة ، وقال الجمهور : إن قال : (نيتي في الإسلام ضعيفة) . . قبل ؛ أي : بلا يمين ، وإن قال : (أنا شريف مطاع في قومي) . . فلا بدَّ من البينة ، وأطلق جماعة مطالبته بالبينة .

(**ويعطى الفقير والمسكين : كفاية سنة**) لأن وجوب الزكاة لا تعود إلا بمضي سنة ، (**قلت : الأصحُّ المنصوص**) في « الأم » (**وقول الجمهور : كفاية العمر الغالب**)[1] لأن به تحصل الكفاية على الدوام .

ومحلُّ الخلاف : فيمن لا يحسن الكسب بحرفة ولا تجارة ، فأما المحترف . . فيعطىٰ ما يشتري به آلة حرفته ، والتاجر يعطىٰ ما يشتري به رأس ماله من النوع الذي يحسن التجارة والتصرف فيه ، ويكون قدرهما يفي ربحه بكفايته غالباً .

(**فيشتري به عقاراً يستغله ، والله أعلم**) أي : إذا قلنا : يدفع إليه كفاية **العمر** الغالب ، فليس المراد : دفع ما يكفيه عمره دفعة ؛ لما في ذلك من الإضرار بالأصناف ، وقد لا يتسع المال ، بل ما ذكره ؛ لأن ما يتحصل منه وإن كان شيئاً فشيئاً يكفيه عند حاجته ، ولهٰذا قلنا في القادر على اكتساب ما يكفيه يوماً فيوماً : لا يصرف إليه من سهم الفقراء والمساكين ولو ملك ما يكفيه أقل من سنة أو من **العمر** الغالب ولا حرفة له ، قال السبكي : الذي يظهر من كلام الأصحاب : أنه يعطى التكملة لسنة أو للعمر الغالب ، ثم ذكر عن « الشافي » للجرجاني و« فتاوى البغوي » التصريح بذلك ، وقد قدمنا عند تفسير المسكين عن « فتاوى البغوي » ما قد يخالفه ، فليتأمل ،

---

(١) الأم (٣/ ١٨٩) .

وَٱلْمُكَاتَبُ وَٱلْغَارِمُ : قَدْرَ دَيْنِهِ . وَٱبْنُ ٱلسَّبِيلِ : مَا يُوصِلُهُ مَقْصِدَهُ أَوْ مَوْضِعَ مَالِهِ . وَٱلْغَازِي : قَدْرَ حَاجَتِهِ ذَاهِباً وَرَاجِعاً وَمُقِيماً هُنَاكَ وَفَرَساً وَسِلاَحاً ، وَيَصِيرُ ذَلِكَ مِلْكاً لَهُ ، . . . .

وقد راجعت كلام « فتاوى البغوي » فوجدته كالصريح فيما نقلناه عنه هناك ، دون ما فهمه السبكي .

(**والمكاتب والغارم : قدر دينه**) ولا يجوز أن يزاد ؛ لأن الدفع لهما للحاجة ، حتىٰ لو كان معهما البعض . . أعطيا التتمة فقط .

وإفراد المصنف الضمير مع العطف بـ(الواو) منتقد ، وعبارة « المحرر » : (قدر دينهما)[1] .

(**وابن السبيل : ما يوصله مقصده**) إن لم يكن له في طريقه إليه مال ، (**أو موضع ماله**) إن كان له مال في طريقه ، فإن كان معه بعض ما يكفيه . . كمل له كفايته ذهاباً ، وكذا رجوعاً إن كان عازماً على الرجوع ، وليس له في المقصد ولا في طريقه ما يغنيه عن الزكاة ، **وقيل** : إنما يعطىٰ للرجوع عند العود لا ابتداءً ، وهو أحوط إذا كان يتيسر إعطاؤه هناك .

(**والغازي قدر حاجته ذاهباً وراجعاً ومقيماً هناك**)[2] إلى الفتح وإن طال ، بخلاف ابن السبيل ؛ فإنه لا يعطىٰ إلا لإقامة ثلاثة أيام ، غير يومي الدخول والخروج ، **والفرق** : أن اسم الغزو باق مع الإقامة ، بخلاف ابن السبيل ، **والأصحُّ** : أنه يعطىٰ هو وابن السبيل جميع المؤنة ، **وقيل** : ما زاد بسبب السفر .

(**وفرساً**) إن كان ممن يقاتل فارساً ، (**وسلاحاً**) للحاجة إليه (**ويصير ذلك ملكاً له**) هـٰذا إذا دفع إليه الثمن فاشترىٰ ذلك لنفسه ، أو دفع الإمام ذلك إليه تمليكاً إذا رأىٰ ذلك ، فإنه لا يتعين عليه دفعهما تمليكاً ، بل الإمام ـ كما قال الرافعي ـ بالخيار ؛ إن شاء دفع الفرس والسلاح إليه تمليكاً ، وإن شاء استأجر له مركوباً ، وإن شاء اشترىٰ خيلاً من هـٰذا السهم ووقفها في سبيل الله ، فيعيرهم إياها عند الحاجة ، فإذا انقضت . .

---

(١) المحرر (ص٢٨٦) .
(٢) في (ز) زيادة في المتن ، وهي : (والغازي قدر حاجته لنفقة وكسوة) .

وَيُهَيَّأُ لَهُ وَلِابْنِ ٱلسَّبِيلِ مَرْكُوبٌ إِنْ كَانَ ٱلسَّفَرُ طَوِيلاً أَوْ كَانَ ضَعِيفاً لاَ يُطِيقُ ٱلْمَشْيَ ، وَمَا يَنْقُلُ عَلَيْهِ ٱلزَّادَ وَمَتَاعَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ قَدْراً يَعْتَادُ مِثْلُهُ حَمْلَهُ بِنَفْسِهِ . وَمَنْ فِيهِ صِفَتَا ٱسْتِحْقَاقٍ يُعْطَىٰ بِإِحْدَاهُمَا فَقَطْ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

استردت[١] ، قال : **وفيه وجه** : أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم ، وقصرُ المصنف تبعاً للجمهور الكلام علىٰ مؤنة تعبه (قدر حاجته ذاهباً وراجعاً) قد يفهم أنه لا يعطىٰ نفقة عياله ، وعن بعضهم أنه يعطىٰ ، قال الرافعي : وليس ببعيد[٢] ، قال الأَذْرَعي : وصرح به الفارقي وابن أبي عصرون ، لكن صرح المُصْعَبي في « شرح مختصر الجويني » بالمنع .

(**ويهيأ له ولابن السبيل مركوب إن كان السفر طويلاً ، أو كان ضعيفاً لا يطيق المشي**) وإن كان قصيراً ؛ دفعاً لضرورته ، فإن كان قصيراً وهو قوي . . فلا .

وقضية كلامه تبعاً لـ« المحرر » : أن المركوب : غير الفرس الذي يقاتل عليه ، ولم يذكرا في « الشرح » و« الروضة » في الغازي غير الفرس ، وذكرا تهيئة المركوب لابن السبيل فقط[٣] ، وما اقتضاه كلام « الكتاب » صرح به المَحاملي في «المجموع» ، **ووجهه** : توفير الفرس إلىٰ وقت الحرب ؛ إذ لو ركبها من دارنا إلىٰ دار الحرب ربما كلت وعجزت عن الكر والفر حال المطاردة والقتال ، لا سيما إذا بَعُدَ المغزىٰ .

(**وما ينقل عليه الزاد ومتاعه**) لحاجته إليه (**إلا أن يكون قدراً يعتاد مثلُه حمله بنفسه**) لانتفاء الحاجة .

ولم يتعرض المصنف لما يعطىٰ للمؤلفة وللعامل ، ويعطىٰ للأول ما يراه الإمام ، ويعطى الثاني : أجرة مثله .

(**ومن فيه صفتا استحقاق**) كالفقر والغرم (**يعطىٰ بإحداهما فقط في الأظهر**) لأن الله تعالىٰ عطف المستحقين بعضهم علىٰ بعض ، والعطف يقتضي التغاير ، **والثاني** : بهما ؛ لاتصافه بهما .

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٤) .

(٢) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٢) ، روضة الطالبين (٢/ ٣٢٥) .

فَصْلٌ

[في القسمة بين الأصناف وما يتبعها]

يَجِبُ ٱسْتِيعَابُ ٱلأَصْنَافِ إِنْ قَسَّمَ ٱلإِمَامُ وَهُنَاكَ عَامِلٌ ، وَإِلاَّ . . فَٱلْقِسْمَةُ عَلَىٰ سَبْعَةٍ ، فَإِنْ فُقِدَ بَعْضُهُمْ . . فَعَلَى ٱلْمَوْجُودِينَ . . . .

وعلىٰ هـٰذا : يعطىٰ بصفات أيضاً ، وفيه احتمال للحناطي ، **وعلى الأول** : إذا أخذ بالفقر أو الغرم فأخذه غريمه بدينه وبقي فقيراً . . فلا بدَّ من إعطائه من سهم الفقراء ؛ كما نقله في « زيادة الروضة » عن الشيخ نصر وأقره[1] ، **وعلى الأول أيضاً** : لو كان العامل فقيراً هل يعطىٰ بالفقر أيضاً ؟ فيه وجهان ، بناء علىٰ أن ما يأخذه أجرة أم صدقة ، إن قلنا : أجرة . . جاز ، وإلا . . فلا .

❋ ❋ ❋

(**فصل : يجب استيعاب الأصناف**) الثمانية (**إن قسم الإمام وهناك عامل**) ولم يجعل الإمام له شيئاً من بيت المال ؛ لأن الله تعالىٰ أضاف الصدقة إليهم بـ(اللام) ، وذلك يقتضي التعميم ، وزكاة الفطر كغيرها **على الصحيح** ، **وقيل** : يجوز إلىٰ ثلاثة من الفقراء ، واختاره السبكي ، وحكى الرافعي عن اختيار صاحب « التنبيه » جواز صرفها إلىٰ واحد ، قال في « البحر » : **وأنا أفتي به** .

(**وإلا**) أي : وإن قسم الإمام ولا عامل هناك (. . **فالقسمة علىٰ سبعة**) لسقوط سهم العامل كما لو فرق المالك بنفسه ؛ فإنه يسقط قطعاً .

(**فإن فقد بعضهم**) من البلد وغيره (. . **فعلى الموجودين**) إذ المعدوم لا سهم له ، قال ابن الصلاح : والموجود الآن أربعة : فقير ومسكين وغارم وابن سبيل ، وشمل إطلاق المصنف صورتين : **إحداهما** : فَقْدُ صنف ؛ كالمكاتبين ، **والثانية** : فَقْدُ بعض صنف ؛ بأن لا تجد منه إلا واحداً أو اثنين ، **والصحيح المنصوص** : أنه يصرف إلى الموجودين من الصنف ؛ كما قاله في « زيادة الروضة »[2] .

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٣٢٩) .

(٢) روضة الطالبين (٢/ ٣٣٠) .

وَإِذَا قَسَّمَ ٱلإِمَامُ . . ٱسْتَوْعَبَ مِنَ ٱلزَّكَوَاتِ ٱلْحَاصِلَةِ عِنْدَهُ آحَادَ كُلِّ صِنْفٍ . وَكَذَا يَسْتَوْعِبُ ٱلْمَالِكُ إِنِ ٱنْحَصَرَ ٱلْمُسْتَحِقُّونَ فِي ٱلْبَلَدِ وَوَفَّىٰ بِهِمُ ٱلْمَالُ ، وَإِلاَّ . . فَيَجِبُ إِعْطَاءُ ثَلاَثَةٍ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ . وَتَجِبُ ٱلتَّسْوِيَةُ بَيْنَ ٱلأَصْنَافِ ، لاَ بَيْنَ آحَادِ ٱلصِّنْفِ ، إِلاَّ أَنْ يُقَسِّمَ ٱلإِمَامُ فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ ٱلتَّفْضِيلُ مَعَ تَسَاوِي ٱلْحَاجَاتِ . . . .

(**وإذا قسم الإمام**) أو عامله إذا فوض إليه الصرف (. . **استوعب من الزكوات الحاصلة عنده آحاد كل صنف**) وجوباً ؛ لأنه لا يتعذر عليه الاستيعاب ، ولا يلزمه أن يستوعب في زكاة كلِّ شخص جميع الآحاد ، بل له أن يعطي زكاة شخص بكمالها لواحد ، ويجوز أن يخص واحداً بنوع وآخر بغيره ؛ لأن الزكوات كلَّها في يده كزكاة واحد .

(**وكذا يستوعب المالك**) أو وكيله (**إن انحصر المستحقون في البلد ووفَّىٰ بهم المال**) لتيسره ، وهـٰذا ما نقله الرافعي عن المتولي وأقره(١) ، ثم نقل عنه بعد صفحة ما يخالفه(٢) ، كما سنذكره بعد .

(**وإلا**) أي : وإن لم ينحصروا ، أو انحصروا ولم يوف المال بحاجتهم (. . **فيجب إعطاء ثلاثة**) فصاعداً (**من كل صنف**) لأن الله تعالىٰ أضاف الزكاة إليهم بلفظ الجمع ، وأقله ثلاثة .

نعم ؛ يجوز أن يكون العامل واحداً ، فيقتصر عليه ، وكذا ابن السبيل **علىٰ وجه** .

(**وتجب التسوية بين الأصناف**) سواء قسم **المالك** أو الإمام وإن كانت حاجة بعضهم أشد ؛ لأن الله تعالىٰ جمع بينهم بواو التشريك ، فاقتضىٰ أن يكونوا سواء ، **ويستثنىٰ** : العامل ، فلا يزاد علىٰ أجرة مثله .

(**لا بين آحاد الصنف**) إن قسم **المالك** ؛ لأن الحاجات متفاوتة غير منضبطة ، فاكتُفي بصدق الاسم .

(**إلا أن يقسم الإمام ، فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات**) لأن عليه التعميم ، فكذا التسوية ، بخلاف المالك فيهما ، كذا نقله الرافعي عن « التتمة » حكماً

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٨) .
(٢) الشرح الكبير (٧/ ٤١٠) .

وتعليلاً[1] ، وهو بإطلاقه مخالف لما سبق عنه قريباً ، وتابعاه عليه من وجوب الاستيعاب على المالك إذا انحصر المستحقون ووفَّىٰ بهم المال ، قال في « زيادة الروضة » : وهـٰذا التفصيل وإن كان قويّاً فهو خلاف مقتضىٰ إطلاق الجمهور استحباب التسوية[2] .

وقضية كلام « **شرح المهذب** » : **أن المذهب** : ما أطلقه الجمهور[3] ، وفي « المطلب » عن ابن داوود الصَّيْدَلاني استحباب التسوية أيضاً ، وقال السبكي : تأملت إطلاق الجمهور التسوية فوجدت كلام أكثرهم في المالك دون الإمام ، فلا مخالفة للمتولي فيما قاله ، **وهو المختار** . انتهىٰ ، وما قاله المتولي قاله أيضاً الماوردي[4] والبَنْدَنيجي وابن الصباغ[5] .

(**والأظهر : منع نقل الزكاة**) عن البلد الذي وجبت عليه فيه منع تحريم ؛ لامتداد أطماع مساكين كلِّ بلدة إلىٰ زكاة ما فيها من المال ، والنقل يوحشهم ، **والثاني** : الجواز ؛ لإطلاق الآية ، وقياساً على الكفارة والنذر والوصية .

وفرق الأول : بأن الأطماع لا تمتد إليها امتدادها إلى الزكاة ، وأفتىٰ به ابن الصلاح وابن الفركاح[6] عند وجود مصلحة لأجل قريب ونحوه[7] ، وكلامه يفهم أن القولين في

---

(١) الشرح الكبير (٧/ ٤٠٩) .

(٢) روضة الطالبين (٢/ ٣٣١) .

(٣) المجموع (٦/ ٢٠٦) .

(٤) الحاوي الكبير (١٠/ ٦٠٦) .

(٥) قال القفال في « فتاويه » : إذا صرف مالاً لفقيه وقال : (أعطه تلامذتك) . . فإنه لا يجوز تخصيص البعض بذلك ، بل يجب القسمة بينهم على السواء ، اللهم ؛ إلا أن يكون قد قال له : (أنت أعلم في صرفه إليهم) ، فحينئذٍ يجوز التخصيص والتفضيل . انتهى
نعم ؛ وهو غريب ، ففي « الرافعي » : أن الوقف كالوصية . اهـ هامش (أ) .

(٦) قال ابن الملقن [٣/ ١١٥٢] : ينبغي أن يلحق بالكفارة والنذر والوصية في جواز النقل : الأوقافُ الجارية على الفقراء والمساكين إذا لم ينص الواقف علىٰ نقل ، قال : ولم أره منقولاً . اهـ هامش (أ) .

(٧) فتاوى ابن الصلاح (١/ ٢٦٤) .

وَلَوْ عُدِمَ ٱلْأَصْنَافُ فِي ٱلْبَلَدِ . . وَجَبَ ٱلنَّقْلُ ، أَوْ بَعْضُهُمْ وَجَوَّزْنَا ٱلنَّقْلَ . . وَجَبَ ، وَإِلاَّ . . فَيُرَدُّ عَلَى ٱلْبَاقِينَ ، وَقِيلَ : يُنْقَلُ . . . .

التحريم ، **لكن الأصحّ** : أنهما في الإجزاء ، ولا خلاف في التحريم ، **وقيل** : هما في التحريم ويجزئ قطعاً ، **وقيل** : فيهما .

والأصحُّ : طرد الخلاف في النقل إلىٰ مسافة القصر ودونها ؛ كما اقتضاه إطلاقه ، **وقضية إطلاقه أيضاً** : أنه لا فرق بين الإمام وغيره ، وقال الرافعي : هـٰذا في المالك ، أما إذا فرق الإمام . . فربما اقتضىٰ كلامهم طرد الخلاف فيه ، وربما دل علىٰ جواز النقل والتفرقة كيف شاء ، **وهـٰذا أشبه** ، زاد في « الروضة » قال صاحب « المهذب » والإمام : يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفرقتها ، **وهـٰذا نقل**[1] ، ورجح في « شرح المهذب » الجواز ، فقال : **الأصحُّ الذي تقتضيه الأحاديث** : جواز النقل للإمام والساعي[2] .

ويستثنىٰ من منع النقل صور : **إحداها** : إذا كان له بكلٍّ بلد عشرون شاة . . **فالأصحُّ** : جواز إخراج شاة في أحدهما حذراً من التشقيص ، **الثانية** : أن يحول الحول والمال ببادية ؛ فإنه يفرقها علىٰ من في أقرب البلاد إليه ، **الثالثة** : إذا فارق المستحقون أو بعضِهم بلد المال . . فله النقل اعتباراً بالآخذ لا البقعة ، نقله الإمام ، قال : ومنعه بعضهم عند انتقال بعضهم ، فإن في المقيمين مَقنَعاً ، وهـٰذا فاسد لا أصل له . انتهى

(**ولو عدم الأصناف في البلد . . وجب النقل**) إلىٰ أقرب البلاد ، فإن نقل إلىٰ أبعد . . فعلى الخلاف في نقل الزكاة ، (**أو بعضهم**) من البلد ووجد في غيره (**وجوزنا النقل . . وجب**) النقل إلىٰ ذلك الصنف بأقرب بلد ، وهـٰذا في غير العامل ، أما هو . . فنصيبه يرد على الباقين .

(**وإلا**) أي : وإن لم يجوز النقل (. . **فيرد على الباقين**) وجوباً ؛ لأن عدم الشيء في موضعه كالعدم المطلق ، فإن نقل . . ضمن ، (**وقيل** : **ينقل**) حتماً إلىٰ أقرب بلد ؛ لأن استحقاق الأصناف منصوص عليه ، فيقدم علىٰ رعاية المكان الثابت

---

(١) روضة الطالبين (٢/ ٣٣٣) .

(٢) المجموع (٦/ ١٥٩) .

وَشَرْطُ ٱلسَّاعِي كَوْنُهُ : حُرّاً ، عَدْلاً ، فَقِيهاً بِأَبْوَابِ ٱلزَّكَاةِ ، فَإِنْ عُيِّنَ لَهُ أَخْذٌ وَدَفْعٌ . لَمْ يُشْتَرَطِ ٱلْفِقْهُ . وَلْيُعْلِمْ شَهْراً لِأَخْذِهَا . . . .

بالاجتهاد ، فإن تعداه أو رد على الباقين . . ضمن ، وجعل في « الكفاية » محلَّ الخلاف : إذا لم يكف الباقين نصيبهم ، وإلا . . فيجب النقل قطعاً[(١)] ، وخص الماوردي الخلاف بغير الغزاة ، وجزم فيهم بالنقل إلىٰ موضعهم ؛ لأنهم يكثرون في الثغور ويقلون في غيرها[(٢)] .

(**وشرط الساعي : كونه حراً ، عدلاً**) لأنها ولاية ، فكانا من شرطها كغيرها من الولايات ، **ويشترط** : كونه ذكراً ، فلا تكون المرأة عاملة ؛ كما ذكراه في « الشرح » و« الروضة » في الكلام على الفقير[(٣)] ، وألا يكون من ذوي القربىٰ ومواليهم والمرتزقة **في الأصحِّ** إذا أخذ من الزكاة ، فإن فوض إلىٰ بعض ذوي القربىٰ ، ورزقه من المصالح . . جاز ؛ كما قاله الماوردي في « الأحكام السلطانية »[(٤)] .

(**فقيهاً بأبواب الزكاة**) فيما تضمنته ولايته ؛ كما قيده الماوردي ؛ ليعلم ما يأخذ وما يترك .

(**فإن عُين له أخذٌ ودفع . . لم يشترط الفقه**) لأنها سفارة لا ولاية ، **وقضيته** : اعتبار ما عداه من الشروط ، لكن نقلا عن الماوردي أنه لا يشترط أيضاً الإسلام والحرية[(٥)] ، قال في « الروضة » : وفي عدم اشتراط الإسلام نظر[(٦)] ، وقال في « شرح المهذب » **المختار** اشتراطه[(٧)] ، **وقضيته** : موافقته علىٰ عدم اشتراط الحرية .

(**وليعلم**) الساعي أو الإمام (**شهراً لأخذها**) ندباً ، **وقيل** وجوباً ؛ ليتهيأ أرباب

---

(١) كفاية النبيه (٦/ ١٩٢) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/ ٦٢٢) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٣٨٠) ، روضة الطالبين (٢/ ٣١٠) .

(٤) الأحكام السلطانية (ص ٢٠٤) .

(٥) الشرح الكبير (٧/ ٤١٦) ، روضة الطالبين (٢/ ٣٣٥) .

(٦) روضة الطالبين (٢/ ٣٣٥) .

(٧) روضة الطالبين (٢/ ٣٣٥) ، المجموع (٦/ ١٥٢) .

وَيُسَنُّ وَسْمُ نَعَمِ ٱلصَّدَقَةِ وَٱلْفَيْءِ فِي مَوْضِعٍ لاَ يَكْثُرُ شَعْرُهُ ، وَيُكْرَهُ فِي ٱلْوَجْهِ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : تَحْرِيمُهُ ، وَبِهِ جَزَمَ ٱلْبَغَوِيُّ ، وَفِي « صَحِيحِ مُسْلِمٍ » لَعْنُ فَاعِلِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

الأموال لدفعها ، والمستحقون لأخذها ، والمُحَرَّم أولىٰ ؛ لأنه أول العام ، هـٰذا فيما يعتبر فيه العام ، فإن لم يكن ؛ كالزرع والثمار . . فيبعث وقت وجوبها ؛ وهو في الزرع عند الاشتداد ، وفي الثمار عند بدو الصلاح ، قاله الجرجاني وغيره .

(**ويسن وَسمُ نَعم الصدقة والفيء**) للاتباع ؛ كما في « الصحيحين »[(١)] .

والمعنىٰ فيه : التمييز ؛ ليردها من وجدها ، وليعرفها المتصدق ، فلا يتملكها بعد ؛ لأنه يكره أن يتصدق بشيء ثم يشتريه ؛ كما نص عليه[(٢)] ، أو يملكه بالهبة ممن دفعه إليه ؛ كما ذكره في « زوائد الروضة »[(٣)] ، ولا بأس بتملكه منه بالإرث .

(**في موضع لا يكثر شعره**) ليظهر ، والأولىٰ وَسْمُ الغنم في الأذن ، والباقي في الفخذ ، ويكون ميسم الغنم ألطف ، وفوقه البقر ، وفوقه الإبل ، (**ويكره في الوجه**) للنهي عنه .

(**قلت : الأصحُّ : تحريمه ، وبه جزم البغوي**[(٤)] ، **وفي « صحيح مسلم » لعن فاعله**[(٥)] ، **والله أعلم**) قال في « المهمات » : وقد نص عليه أيضاً الشافعي في « الأم » فقال : والخبر عندنا يقتضي التحريم[(٦)] ، فينبغي رفع الخلاف وحمل الكراهة على التحريم ، أو أن قائله لم يبلغه الخبر ، قال في « شرح المهذب » : وهـٰذا في غير الآدمي ، أما الآدمي . . فوسمه حرام إجماعاً .

❊ ❊ ❊

---

(١) صحيح البخاري (١٥٠٢) ، صحيح مسلم (٢١١٩) عن أنس بن مالك رضي الله عنه .
(٢) الأم (٣/ ١٩٩) .
(٣) روضة الطالبين (٢/ ٣٤٣) .
(٤) التهذيب (٥/ ٢١١) .
(٥) صحيح مسلم (٢١١٧) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه .
(٦) المهمات (٦/ ٤٢٦) .

فَصْلٌ

[في صدقة التطوع]

صَدَقَةُ ٱلتَّطَوُّعِ سُنَّةٌ ، وَتَحِلُّ لِغَنِيٍّ وَكَافِرٍ ، وَدَفْعُهَا سِرّاً وَفِي رَمَضَانَ وَلِقَرِيبٍ وَجَارٍ أَفْضَلُ . . . .

(**فصل : صدقة التطوع سنة**) لقوله تعالىٰ : ﴿ مَن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ ، والأخبار في ذلك كثيرة شهيرة ؛ منها : « كُلُّ ٱمْرِىءٍ فِي ظِلِّ صَدَقَتِهِ حَتَّىٰ يُفْصَلَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ » صححه ابن حبان والحاكم[1] .

(**وتحل لغني**) ولو من ذوي القربىٰ **على المشهور** ، ففي « الصحيح » : « تُصُدِّقَ عَلَىٰ غَنِيٍّ ـ وفيه ـ لَعَلَّهُ أَنْ يَعْتَبِرَ فَيُنْفِقَ مِمَّا أَعْطَاهُ ٱللهُ »[2] .

وتعبيره بالحل قد يفهم أنه لا يكره أخذها ، وليس كذلك ، والحل مقيد بأمرين ، **أحدهما** : ألا يظهر الفاقة ، وإلا . . فيحرم ؛ كما جزم به في « البيان » واستحسنه المصنف[3] ، **الثاني** : ألا يظن الدافع فقره ، فإن أعطاه ظناً لحاجته . . ففي « الإحياء » : إن علم الآخذ ذلك . . لم تحل له ، وكذا إذا دفع لعلمه أو صلاحه أو نسبه . . لم يحل له إلا أن يكون صادقاً في نسبه ، وفي العلم كما اعتقده ، وألا يكون من ظُنَّ دينه فاسقاً في الباطن فسقاً لو علم به لما أعطاه[4] .

ومحلُّ ما ذكره المصنف : ما إذا أعطاه من غير سؤال ، أما السؤال . . فيحرم على الغني بالمال ، وكذا بالكسب **على الأصحِّ** .

(**وكافر**) ففي « الصحيح » : « فِي كُلِّ كَبِدٍ رَطْبَةٍ أَجْرٌ »[5] ، وحديث : « لاَ يَأْكُلْ طَعَامَكَ إِلاَّ تَقِيٌّ »[6] ، **المراد به** : الأولىٰ ، وهـٰذا فيمن له عهد أو ذمة ، بخلاف الحربي .

(**ودفعها سرّاً وفي رمضان ولقريب وجار أفضل**) للأخبار الشهيرة الحاثة علىٰ

---

(١) صحيح ابن حبان (٣٣١٠) ، المستدرك (١/ ٤١٦) عن عقبة بن عامر رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (١٤٢١) ، ومسلم (١٠٢٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) البيان (٣/ ٤٥٣) ، روضة الطالبين (٢/ ٣٤٣) .

(٤) إحياء علوم الدين (٢/ ١٥٤) .

(٥) أخرجه البخاري (٢٣٦٣) ، ومسلم (٢٢٤٤) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٦) أخرجه أبو داوود (٤٨٣٢) ، والترمذي (٢٣٩٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَهُ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . . يُسْتَحَبُّ أَلاَّ يَتَصَدَّقَ حَتَّىٰ يُؤَدِّيَ مَا عَلَيْهِ . **قُلْتُ** : ٱلأَصَحُّ : تَحْرِيمُ صَدَقَتِهِ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِنَفَقَةِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، أَوْ لِدَيْنٍ لاَ يُرْجَىٰ لَهُ وَفَاءٌ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

ذلك ، وصدقة التطوع تخالف الزكاة ، فإن إظهارها أفضل بالإجماع ؛ كما قاله في « شرح المهذب »[1] وخصه الماوردي بالأموال الظاهرة ، قال : وأما الباطنة . . فإخفاء إخراج زكاتها أولىٰ[2] .

ولا فرق في القريب بين من تلزمه نفقته وغيره ؛ كما صرح به في « شرح المهذب »[3] ، بخلاف الصدقة الواجبة ، ويبدأ بذي الرحم المحرم الأقرب فالأقرب ، وألحق بهم الزوج والزوجة ، ثم غير المحرم ، ثم المحرم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم بالمولىٰ من أعلىٰ وأسفل .

وكان ينبغي أن يقول : ثم جار ؛ ليستفاد منه تقديم القريب عليه ، حتىٰ لو كان القريب بعيد الدار قدم على الجار الأجنبي **على الأصحِّ** ، وسئل الحناطي هل الأولىٰ وضع الرجل صدقته في رحمه من قبل أمه ، أو من قبل أبيه ؟ فأجاب أنهما سواء .

(**ومن عليه دين ، أو له من تلزمه نفقته . . يستحب ألا يتصدق حتىٰ يؤدِّي ما عليه**) تقديماً للأهم ، (**قلت : الأصحُّ : تحريم صدقته بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته ، أو لدين لا يرجىٰ له وفاء ، والله أعلم**) لأنه حق واجب ، فلا يحل تركه لسنة .

وكلامه قد يفهم : جواز التصدق بما يحتاج إليه لنفسه ، وبه صرح في « الروضة » ، لكن صحح في « شرح المهذب » التحريم أيضاً[4] ، قال الأَذْرَعي : **والأجود** : ما في « الروضة » ؛ لأنه يرىٰ أن للمضطر أن يؤثر علىٰ نفسه مضطرّاً آخر ، فكيف تحرم عليه الصدقة بما يحتاج إليه بلا ضرورة .

---

(١) المجموع (٦/٢٣١ـ ٢٣٢) .
(٢) الحاوي الكبير (١٠/٥٣٦) .
(٣) المجموع (٦/٢٣١) .
(٤) روضة الطالبين (٢/٣٤٢) ، المجموع (٦/٢٢٦) .

وَفِي ٱسْتِحْبَابِ ٱلصَّدَقَةِ بِمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ أَوْجُهٌ ، أَصَحُّهَا : إِنْ لَمْ يَشُقَّ عَلَيْهِ ٱلصَّبْرُ . . ٱسْتُحِبَّ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ .

قال المحب الطبري : وفي إطلاق التحريم فيما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته نظر ؛ فإن كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يؤثرون في حال الضرورة ، ويخرجون من جميع أموالهم ، ولا يتركون لعيالهم شيئاً ؛ كقصة الصديق رضي الله عنه ، وكثير من السلف كذلك ، **والظاهر** : اختلاف الحكم باختلاف الأحوال .

ويستثنىٰ من تحريم الصدقة بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته : ما إذا كان من وجبت له مطلق التصرف ورضي بذلك وآثر به ، **فإن الأفضل له** : التصدق فيما يظهر ؛ كما قاله صاحب « المطلب » ، ونقله الزركشي عن تصريح ابن أبي عصرون في كلامه علىٰ قصة الصديق رضي الله عنه .

ومحل ما ذكره المصنف : في الدين الحال ، أما المؤجل . . فقال ابن الرفعة : ينبغي أن يلتحق بما إذا احتاج إليه في نفقة عياله في المستقبل ، قال الأَذْرَعي : وقد يفرق بشغل ذمته به الآن ، بخلاف نفقة العيال في المستقبل ، وحيث حرم عليه التصدق . . هل يملك المتصدق عليه ما دفعه إليه ؟ قال ابن الرفعة : يشبه : أن يكون على الوجهين فيما إذا وهب الماء الذي يحتاجه بعد دخول الوقت[١] .

(**وفي استحباب الصدقة بما فضل عن حاجته**) أي : حاجة نفسه وحاجة عياله وقضاء دينه (**أوجه : أصحها : إن لم يشق عليه الصبر . . استحب**) لقصة الصديق رضي الله عنه في تصدقه بجميع ماله ، وقبله النبي صلى الله عليه وسلم منه ؛ كما صححه الترمذي[٢] .

(**وإلا . . فلا**) يستحب ، وقال الغزالي والعمراني : يكره[٣] ، وبهٰذا جمع بين الأحاديث المختلف ظواهرها ، **والثاني** : لا يستحب بالفاضل مطلقاً ؛ لحديث :

---

(١) كفاية النبيه (٦/ ٢١٨) .

(٢) سنن الترمذي (٣٦٧٥) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

(٣) الوسيط (٤/ ٥٧٧) ، البيان (٣/ ٤٤٩) .

. . . .

« خَيْرُ ٱلصَّدَقَةِ مَا كَانَ عَنْ ظَهْرِ غِنىً » رواه أبو داود وصححه الحاكم(١) ، **والثالث** : يستحب مطلقاً .

وأشار بقوله : (بما فضل) إلىٰ تصوير محل الخلاف بجميعه ، أما التصدق ببعض الفاضل . . فلا خلاف فيه .

* * *

---

(١) المستدرك (١/ ٤١٣) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما ، سنن أبي داوود (١٦٧٦) ، وأخرجه البخاري (١٤٢٦) كلاهما عن أبي هريرة رضي الله عنه .

محتوى الكتاب